Die Kunstfreiheitsgarantie in der Schweiz

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern

vorgelegt von

SUSANNE BAEGGLI
von Winterthur (Kt. Zürich)

Juris Druck + Verlag Zürich
1974

1973

Die Kunstfreiheitsgarantie in der Schweiz

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern

vorgelegt von

SUSANNE BAEGGLI
von Winterthur (Kt. Zürich)

Juris Druck + Verlag Zürich
1974

Die Fakultät hat diese Arbeit am 3. Mai 1973 auf Antrag von Prof. Dr. Hans Huber als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung zu nehmen.

ISBN 3 260 03849 3

INHALTSVERZEICHNIS

§1 Das Verhältnis von Staat und Kunst im allgemeinen 1

§2 Die Garantie der Kunstfreiheit in der Schweiz 7

I. Die ältere Praxis des Bundesgerichts zu der Garantie von den Freiheitsrechten 7

II. Die Anerkennung ungeschriebener Freiheitsrechte 8

III. Die Kunstfreiheit als ungeschriebenes Freiheitsrecht 12

1. Allgemeines 12

2. Der Meinungsbegriff 13

a) Allgemeines 13

b) Meinung als Stellungnahme? 13

c) Emotionale Aeusserungen 15

d) Stellungnahme 16

§3 Die Definition der Kunst im Verfassungsrecht 17

I. Zum Begriff der Kunst im allgemeinen 17

II. Beispiele von rechtlichen Kunstdefinitionen 20

1. Kunstdefinitionen, die in Zusammenhang mit der Kunstfreiheit gebracht werden können 20

a) Schweizerische Beispiele 20

b) Beispiele aus der deutschen Doktrin und Praxis 22

2. Kunstdefinitionen im Urheberrecht 26

a) Allgemeines 26

b) Form und Inhalt 27

c) Die Werthöhe 28

d) Die Individualität 29

III. Versuch einer eigenen Begriffsbestimmung 31

1. Zum Begriff der Auslegung im allgemeinen 31

2. Probleme der Kunstdefinition 32

§4 Der institutionelle Gehalt der Kunstfreiheitsgarantie 34

I. Die Bedeutung der sprachlichen Fassung 34

II. Die materielle Begründung der Institution 35

III. Die Kunstfreiheit als Institution sui generis 37
1. Begriff der Institution 37
2. Die funktionale Bedeutung 39
IV. Die Förderung der Kunst in der Schweiz 42
1. Allgemeines 42
2. Die Förderung der Kunst in der Demokratie 44

§ 5 Drittwirkung und Persönlichkeitsrecht 46
I. Die Drittwirkung 46
II. Drittwirkung und Persönlichkeitsrecht 49
1. Das Persönlichkeitsrecht 49
2. Die Beziehungen zwischen den Grundrechten und dem Persönlichkeitsrecht 50
III. Die Drittwirkung bei der Kunstfreiheitsgarantie 51
IV. Die Verletzung in den persönlichen Verhältnissen und die Kunstfreiheitsgarantie 54
1. Allgemeines 54
2. Das Recht am eigenen Bilde 58

§ 6 Die Schranken der Kunstfreiheitsgarantie 61
I. Allgemeines 61
1. Die Schranken der Grundrechte im allgemeinen 61
2. Die Schranken der Kunstfreiheitsgarantie 62
II. Die Schranken der Kunstfreiheitsgarantie bei gleichzeitiger Inanspruchnahme anderer Grundrechte 64
III. Die Schranken der Kunstfreiheit und der Handel- und Gewerbefreiheit 67
1. Allgemeines 67
2. Kinematographie und Kunstfreiheit 72
a) Allgemeines 72
b) Filmzensur 72
c) Die bundesrechtliche Regelung des Filmwesens 76
d) Das Theaterwesen 78

§ 7 Kunstfreiheit und Strafrecht 80

UNIV. LEIDEN BIBL.

I. Allgemeines 80
1. Das Strafrecht als Schranke der Kunstfreiheit 80
2. Die verfassungskonforme Auslegung in der Schweiz 81
II. Kunst und unzüchtige Veröffentlichungen 83
1. Allgemeines 83
2. Die Bestimmungen gegen die unzüchtigen Veröffentlichungen 84
3. Der Begriff der Unzüchtigkeit 85
4. Die Bedeutung der künstlerischen Vollendung für die Unzüchtigkeit 87
5. Das Sittlichkeitsgefühl des Normalmenschen 91
a) Allgemeines 91
b) Problem des Begriffs der Unzüchtigkeit 92
6. Schlussbetrachtungen 93
III. Der jugendrechtliche Schutz durch das Strafrecht 94
IV. Kunstfreiheit und Störung der Glaubens- und Gewissensfreiheit 95
V. Die Kunstfreiheit und der strafrechtliche Schutz der Ehre 96

§ 8 Die Subjekte der Kunstfreiheitsgarantie 99
Schlussbemerkungen 101

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548121_0007

LITERATURVERZEICHNIS

Alternativ-Entwurf zum deutschen Strafgesetzbuch, Tübingen, 1968

Abel Gunther, Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungsgarantien für die Auslegung des Bonner Grundgesetzes, Berlin, 1964

Aeppli Heinz, Die Filmzensur in der Schweiz, Diss. Zürich, 1949

Aubert Jean-François, Traité de droit constitutionnel Suisse, Neuchâtel, 1967

Bauhofer Oskar, Der Mensch und die Kunst, Luzern, 1944

Bäumlin Richard, Die rechtsstaatliche Demokratie, Diss. Bern, 1954

Bloch Rolf, Der Doppelcharakter der individuellen Freiheitsrechte als Schutz des Einzelnen und als institutionelle Garantie in der Demokratie, Diss. Bern, 1954

Brenner Hildegard, Die Kunstpolitik des Nationalsozialismus, Hamburg, 1963

Buchholz Ernst, Kunst, Recht und Freiheit, München, Esslingen, 1966

Burckhardt Walter, Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, Bern 1931

- Staatliche Autorität und geistige Freiheit, Zürich, 1936

del Bianco Eric, Le droit de l'auteur et ses limites, Diss. Lausanne, 1951

Dietze G., Ueber die Formulierung der Menschenrechte, Berlin, 1956

Drews/Wacke, Allgemeines Polizeirecht, 7. Auflage, Berlin, Köln, München, 1961

Egger August, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. I, Zürich, 1930

Emrich Wilhelm, Kann Dichtung verboten werden? In: Gesellschaftliche Wirklichkeit im 20. Jh und Strafrechtsreform, Universitätstage 1964, Berlin

Erbel Günther, Inhalt und Auswirkungen der verfassungsrechtlichen Kunstfreiheitsgarantie, Berlin, Heidelberg, New York, 1966

Feldmann Markus, Ueber die Entwicklung der Pressefreiheit, in ZBJV 1937, S. 1 ff.

Fehlmann Max, Die rechtliche Stellung der freien wissenschaftlichen Berufe. Diss. Zürich, 1946

Fleiner Giacometti, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949

Fueter Willy, Die Berufstheater in der deutschen Schweiz, ihr Wirtschaftsbetrieb und ihr Verhältnis zu den Stadtgemeinden, Diss. Bern 1935

Frey Urs Peter, Das Verhältnis der Handels- und Gewerbefreiheit zu den andern Freiheitsrechten, Diss. Zürich, 1965

Geiger Willy, Zur Diskussion um die Freiheit der Kunst, in Die moderne Demokratie und ihr Recht, Festschrift für Gerhard Leibholz, Tübingen, 1966

Giacometti Zaccaria, Das Staatsrecht der Kantone, Zürich, 1941

- Die Freiheitsrechtskataloge als Kodifikation der Freiheit, in ZSR 74, 1955, S. 149 ff.

Grossen Jacques-Michel, La protection de la personalité en droit privé, in ZSR 1960, Heft 1

Häberle Peter, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, Karlsruhe, 1962

Hafter Ernst, Schweizerisches Strafrecht, Bes. Teil, Berlin 1937

Hamann A., Das Grundgesetz, Kommentar, 2. Auflage, Berlin, 1961

Hess Max, Strafrechtliche Bestimmungen zum Schutze der Jugend vor unsittlicher Literatur, Diss. Zürich, 1936

Hesse Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Karlsruhe, 1967

Huber Hans, Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte, in ZSR n.F. 55 1936, S. 1a ff.

- Die Verfassungsbeschwerde, Karlsruhe, 1954

- Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts, in Rechtsquellenprobleme im schweizerischen Recht, ZBJV 91 1955 (Festgabe der Rechts- und Wirtschaftwissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristenverein)

- Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenossen, ZSR n.F. 74 1955, S. 173 ff.

- Die Grundrechte in der Schweiz, GR I/1, S. 175 ff., Berlin 1961

- Ueber die Konkretisierung der Grundrechte, in Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für Max Imboden, Basel, Stuttgart, 1972

Imboden Max, Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, in Festschrift für Hans Huber, Bern, 1961

Jäggi Peter, Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, in ZSR 1960, Heft 2

Kitzinger Friedrich, Die Freiheit der Wissenschaft und der Kunst, in Die Grundrechte und die Grundpflichten der Reichsverfassung, herausgegeben von Nipperdey, Berlin, 1930

Knies Wolfgang, Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem, München 1967

Korner Hans, Das Recht der freien Meinungsäusserung im Verhältnis zu den Forderungen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Sittlichkeit, Diss. Freiburg, 1937

Kolb Kurt, Die negativen und positiven Massnahmen zur Bekämpfung der Schund- und Schmutzliteratur, Thun, 1957

Köng Max, Schweizerisches Theaterrecht, Zürich, 1950

Kummer Max, Das urheberrechtlich schützbare Werk, Bern, 1968

Lalive Pierre, Sur la protection civile de l'écrivain, in ZBJV 104. Jg. 1968, S. 201 ff.

Lang Bruno, Pressefreiheit und Handels- und Gewerbefreiheit, Diss. Zürich, 1970

Landwehr Wilfried, Das Recht am eigenen Bild, Diss. Zürich, 1945

Lehmann Heinrich, Ueber das Wesen des Urheberrechts, in Schriftenreihe der internationalen Gesellschaft für Urheberrecht.

Leiss Ludwig, Die Bedeutung künstlerischer Gestaltung für die Strafwürdigkeit einer Handlung, in NJW 1962, S. 2323 ff.

- Kunst im Konflikt, Berlin, New York, 1971

Ludwig Carl, Zum Begriff der Unzucht, in BJM 1960, S. 110 ff.

- Schweizerisches Presserecht, Basel, Stuttgart, 1964

v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, 2. Auflage Berlin, Frankfurt, 1957

Marti Hans, Die Handels- und Gewerbefreiheit nach den neuen Wirtschaftsartikeln, Bern 1950

Maunz Th., Die kulturelle Sicherheit des Bürgers, in Festschrift für Willibalt Apelt, München und Berlin, 1958

Maunz-Dürig, Grundgesetz, Kommentar, München, Berlin 1961 ff.

Müller Friedrich, Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik, in Schriften zum Oeffentlichen Recht, Bd 102, Berlin 1969

Müller Jörg Paul, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, in Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, Bern, 1964

Noll Peter, Satirische Ehrverletzungen, in BJM 1959, S. 3 ff.

Opet Otto, Deutsches Theaterrecht, Berlin, 1897

Paccaud Auguste, Du régime de la presse en Europe, Lausanne, 1887

Ridder Helmut, Die Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, in Schriftenreihe der internationalen Gesellschaft für Urheberrecht, Bd. 29, Berlin, Frankfurt, 1963

- Meinungsfreiheit, in GR II, S. 243

Rittler Theodor, Die Freiheit der bildenden Kunst und ihre Begrenzung durch das Strafgesetz, in Z 47, 1933, S. 73 ff.

Ropertz Hans-Rilf, Die Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, Diss. Heidelberg, 1963

Roth Walter, Die strafrechtliche Behandlung der unsittlichen Literatur, Diss. Zürich, 1928

Ruck Erwin, Schweizerisches Verwaltungsrecht, 2. Band, Basel, 1953

Saladin Peter, Grundrechte im Wandel, Bern, 1970

Scheuner Ulrich, Die institutionellen Garantien des Grundgesetzes, in Recht-Staat-Wirtschaft, Bd. 4, 1953, S. 88 ff.

Schneider Franz, Presse- und Meinungsfreiheit nach dem Grundgesetz, München, 1962

Schmitt Carl, Verfassungslehre, München, Leipzig, 1928

Schwander Vital, Das Schweizerische Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Zürich, 1964

Simonius August, Die Persönlichkeitsrechte des Privatrechts in ihrem Verhältnis zu den öffentlichen Freiheitsrechten, in Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung: Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht, Zürich, 1948

Stämpfli Franz, Das Schweizerische Ausführungsgesetz zu den internationalen Abkommen über die Bekämpfung des Frauen- und Kinterhandels sowie der unzüchtigen Veröffentlichungen, in Z 39, 1926, S. 185 ff.

Thommen Werner, Beitrag zur Lehre von den guten Sitten im schweizerischen Privatrecht, Diss. Zürich, 1954

Thormann/Overbeck, Das Schweizerische Strafgesetzbuch, Bes. Best. II, Zürich, 1941

Troller Alois, Immaterialgüterrecht, Bd. 1, Basel und Stuttgart, 1968

von Tscharner Raymond Mauritius, Filmgewerbe und Gewerbefreiheit, Diss. Zürich, 1952

Ulmer Eugen, Urheber- und Verlagsrecht, Berlin, Göttingen, Heidelberg, 1960

Voigt Heinz Alex, Der liberale Polizeibegriff und seine Schranken in der bundesgerichtlichen Judikatur, Diss. Zürich, 1945

Wernicke K.G., "Bonner Kommentar", Hamburg, 1950 ff.

ABKUERZUNGEN

BJM	Basler Juristische Mitteilungen, Basel
BVerwGE	Entscheidungen des deutschen Bundesverwaltungsgerichts
BV	Schweiz. Bundesverfassung
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, München/Berlin
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung, Zürich
StGB	Strafgesetzbuch
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bern
Zbl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, Zürich
ZGB	Schweiz. Zivilgesetzbuch
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht, Basel
Z	Zeitschrift für Strafrecht, Bern

§1 DAS VERHAELTNIS VON STAAT UND KUNST IM ALLGEMEINEN

Eine Geschichte der Kunstfreiheitsgarantie muss notwendigerweise mit einer allgemeinen Darstellung der Beziehungen zwischen der Kunst und dem Staat beginnen. Aufzeichnungen, die dieses Verhältnis aus rechtlicher Sicht betrachten, sind allerdings selten und geben nur ein unzusammenhängendes Bild der Entwicklung. Ueberdies sind nie alle Kunstzweige in gleicher Weise vom Staat abhängig gewesen, so dass es eigentlich gerechtfertigt wäre, die Entwicklung für jede Kunstart gesondert zu betrachten.

Die früheste künstlerische Betätigung stand im Dienste des Kults. Das Kunstwerk galt als Sitz von magischen Kräften, während die ästhetische Wirkung, die wir heute mit dem Begriff des Kunstwerks verbinden, nur eine nebensächliche Rolle spielte [1].

In der klassischen griechischen Antike war der Staat als oberste Autorität in religiösen Belangen zugleich Träger der Kunst. In dieser Eigenschaft kontrollierte er alle künstlerischen Aeusserungen auf ihre Zulässigkeit hin. So wurden in Athen auf Grund der Zensur Werke bekannter Schriftsteller wegen angeblichen Religionsfrevels oder Verleumdung verbrannt [2]. Auch das Theater als Bestandteil des Gottesdienstes stand zur Zeit von Plato unter staatlicher Kontrolle; jeder Aufführung ging eine obrigkeitliche Prüfung der Theaterstücke voraus [3].

Das römische Zwölftafelgesetz von 450 v. Chr. verbot die Abfassung von Pamphleten unter Todesstrafe [4]. Grosszügiger scheint im römischen Reich die Haltung allgemein dem Theater gegenüber gewesen zu sein; in keiner Epoche lässt sich das Bestehen einer Theaterzensur nachweisen [5].

---

1) Benjamin, Das Kunstwerk im Zeitalter seiner technischen Reproduzierbarkeit, Frankfurt a. Main 1963, S. 22
2) Feldmann, Ueber die Entwicklung der Pressefreiheit, ZBJV 1937, 73. Jg., Heft 1, S. 2
3) Opet, Theaterrecht, S. 134
4) Feldmann, a.a.O., S. 2
5) Opet, a.a.O., S. 134

Das Verhältnis von Kunst und Staat im Mittelalter war gekennzeichnet durch die vorherrschende Stellung der Kirche als geistige Macht. Die Zensur als wirksame Waffe im Kampf um die Beherrschung aller Lebensgebiete, trat vor allem nach dem Konzil von Nicäa von 325 n. Chr. in Erscheinung [6]. Abtrünnige von der kirchlichen Lehre, die Anspruch auf Allgemeingültigkeit erhob, wurden als Ketzer verurteilt und ihre Werke vernichtet. Ganze Kunstzweige, wie die bildende Kunst und die Musik, wurden ausschliesslich als Institutionen der Kirche betrieben und genossen ihre Förderung. Die bildende Kunst war auf religiöse Themen beschränkt. Das Theater stand vollständig im Dienste der Kirche und brachte nur geistliche Schauspiele zur Aufführung [7]. Die Erfindung der Druckerpresse im 15. Jh. setzte eine grosse Zaesur in die Geschichte der geistigen Aeusserungen überhaupt. Gedanken und Meinungen erlangten auf diese Weise weiteste Verbreitung. Für die Literatur als wichtigen Zweig der Kunst bedeutete dies, dass sie nicht mehr das Vorrecht von einigen wenigen Gelehrten war, sondern dass sie an die Oeffentlichkeit trat und dass sich zum ersten Mal ein Dialog entspinnen konnte zwischen dem Publikum und dem Schriftsteller.

Die rasche Verbreitung und der ungeheure Einfluss des Meinungsaustausches durch die Presse veranlassten die weltlichen und die kirchlichen Mächte, die neue Erfindung in möglichst enge Schranken zurückzudrängen. Nachdem der Versuch, die Presse vollständig zu unterdrücken, misslang, führte man zur Beschränkung ihrer Wirkung eine strenge Präventivzensur ein; präventiv war die Zensur, weil jede Schrift v o r ihrem Druck der Kontrolle vorgelegt werden musste [8]. Die kirchliche Zensur, die vorerst nur an einigen Universitäten geübt wurde, wurde 1501 durch eine Bulle von Papst Alexander VI auf alle der päpstlichen Hoheit unterstellten Länder ausgedehnt [9]. Im Rahmen des Tridentiner Konzils erliess Papst Paul IV 1557 zum ersten Mal einen Index librorum prohibitorum [10]. In den deutschen Ländern wurden durch Beschlüsse der Reichstage von Worms und Nürnberg die Zensur für Schriften eingeführt, die reformatorisches Gedankengut enthielten [11]. 1529 führte ein Reichsabschied die Zensur auch für nicht-religiöse Schriften ein [12]. Dass die Kontrolle nicht auf Druckerzeugnis-

---

6) Feldmann, a.a.O., S. 2
7) Opet, a.a.O., S. 6
8) Paccaud, Du régime de la presse, S. 20
9) Paccaud, a.a.O., S. 21
10) Ludwig, Presserecht, S. 41
11) Ludwig, a.a.O., S. 41
12) Ludwig, a.a.O., S. 41

se im engern Sinne des Wortes beschränkt blieb, zeigte die Reichspolizeiordnung von 1548, die bestimmte, dass nichts, was der katholischen Lehre widerspricht ... "gedicht, geschrieben, in Druck gebracht, gemalt, geschnitzt, gegossen oder gemacht werde" [13]. Auch England und Frankreich sowie weitere europäische Staaten erliessen Zensur- und andere den Buchdruck einschränkende Bestimmungen, um den freien Austausch von geistigen Aeusserungen zu unterbinden. Schon im Jahre 1644 trat jedoch John Milton, der zeitweise Sekretär von Cromwell war, mit einer mutigen Schrift für die Aufhebung der Zensur an die Oeffentlichkeit.

Er verurteilte die Zensur als Ausdruck einer unwürdigen Behinderung der wissenschaftlichen Forschung und zeigte anhand von geschichtlichen Beispielen, dass bloss ein schwacher, ungefertigter Staat sich gegen das Eindringen von neuen Ideen schützen muss [14]. Er hielt zudem die Zensur für ein ungeeignetes Mittel zur Bekämpfung von schlechten Sitten, weil diese nicht nur durch die Lektüre eines Buches, sondern bei vielen andern Gelegenheiten erworben werden könnten; eine Zensur, die sämtliche Lebensgebiete umfasst, ist indessen praktisch nicht durchführbar. Berühmt geworden sind seine Worte:

"Wer einen Menschen tötet, tötet ein vernünftiges, geistiges Wesen, Gottes Ebenbild. Wer aber ein gutes Buch vernichtet, erschlägt den Geist selbst und tötet Gottes Ebenbild gewissermassen vor aller Welt."

Das Zensurgesetz, gegen welches sich diese Rede gerichtet hatte, wurde vom Parlament trotzdem angenommen, so dass dem Aufruf Milton's der unmittelbare Erfolg versagt blieb. England gilt trotzdem als Geburtsland der Pressefreiheit, wurde doch 1695 jede Beschränkung der Presse aufgehoben [15]. Die Idee der Pressefreiheit ging von England zuerst zu den britischen Kolonien in Amerika. 1787 wurde in der Verfassung der Vereinigten Staaten jede Beschränkung der Presse verboten [16]. In Frankreich wurde durch die Erklärung der Menschenrechte 1789, nach einem strengen Zensurregime noch am Anfang des 18. Jh., eine umfassende Pressefreiheit gewährleistet, welche jedoch von der an der Macht gelangten revisionistischen Bewegung von 1794 wieder abgeschafft

---

13) Ludwig, a.a.O., S. 42
14) Milton, Areopagitica, S. 26 ff.
15) Feldmann, a.a.O., S. 3
16) Feldmann, a.a.O., S. 4

wurde. In der Konsularverfassung von 1799 war diese Freiheitsbestimmung nicht mehr erwähnt. Nach einer wechselvollen Geschichte wurde die Presse durch ein Gesetz der französischen Republik 1881 von allen Beschränkungen befreit [17].

Im deutschen Reich herrschte während des 17. und am Anfang des 18. Jh. ein strenges Zensurregime; so fielen Werke von Lessing, Kant und Goethe der Zensur zum Opfer [18]. 1784 trat Kant mit einer Schrift über die Aufklärung, worin er sich für die ungehinderte Verbreitung von Gedanken einsetzte, an die Oeffentlichkeit; in der Folge lockerten einige Gliedstaaten ihre Zensur oder sahen ganz davon ab. Die Bundesversammlung bot dieser Entwicklung Einhalt; in den Karlsbader Beschlüssen von 1819 wurde wieder eine allgemeine Beaufsichtigung der Presse eingeführt. Erst die Frankfurter Nationalversammlung von 1848 verkündete eine allgemeine Meinungsäusserungsfreiheit [19].

In der Schweiz erfolgte hinsichtlich der Presse eine ähnliche Entwicklung wie in den Nachbarstaaten. In der alten Eidgenossenschaft wurde im 16. Jh. allgemein die Pressezensur eingeführt [20]. Zum ersten Mal wurde die Pressefreiheit in der Helvetischen Verfassung von 1798 erwähnt; auf Ersuchen Frankreichs wurde indessen noch im selben Jahr die Zensur für Zeitungen wiedereingeführt. Die Mediationszeit zeichnete sich durch eine starke Beschränkung der Pressefreiheit aus. Auch nach 1815 blieb die Presse engen Schranken unterworfen. Wie weit man gegenüber fremden Mächten zu Konzessionen bereit war, zeigte sich im Pressekonklusum von 1823, worin die Stände angewiesen wurden, die Druckschriften daraufhin zu prüfen, dass diese keine Beleidigungen gegenüber andern Staaten enthielten. In der BV von 1848 fand endlich auch die Pressefreiheit Aufnahme [21].

Die Pressefreiheit wurde nicht bloss verstanden als individuelles Recht auf freie Aeusserung der Meinung auf dem Pressewege, sondern auch als Mittel, durch Information die staatliche Willensbildung, die die Voraussetzung der Mitarbeit der Bürger im Staat ist, zu ermöglichen [22]. In diesem Sinn ist die Pressefrei-

---

17) Ludwig, a.a.O., S. 50
18) Ludwig, a.a.O., S. 44
19) Ludwig, a.a.O., S. 48
20) Ludwig, a.a.O., S. 63 ff.
21) Ludwig, a.a.O., S. 70
22) Schneider, Presse- und Meinungsfreiheit, S. 67

heit nicht bloss quantitativ, sondern auch qualitativ verschieden von der Meinungsäusserungsfreiheit. Der Begriff der Presse wurde gespalten in die politische Tagespresse, die im Kampf um die Pressefreiheit im Vordergrund stand, und in die übrigen Presseerzeugnisse [23].

Die Forderung nach einer Freiheit der Kunst wurde nie ausdrücklich gestellt, weil das Kunstwerk, soweit es eine Meinung ausdrückte, in den Schutzbereich der Meinungs- und Pressefreiheit fiel, während ein Eingriff des Staates in die rein ästhetischen Werte nicht als aktuell erschien. Unabhängig von der Idee der Freiheitsrechte war die besondere Stellung der Kunst als Kulturwert zu allen Zeiten anerkannt gewesen. Ein Privileg der Kunst konnten indessen bloss die Werke beanspruchen, die ihre Zeit überdauert und als bleibende Werte Anerkennung gefunden hatten. So sind zum Beispiel im Index des Konzils von Trient von 1545 die Schriften der antiken Klassiker generell von der Zensur ausgenommen [24].

Auch nachdem im 19. Jh. die Pressefreiheit nach vielen Rückschlägen allgemein als Errungenschaft des modernen Rechtsstaates Anerkennung gefunden hatte, werden bis heute immer wieder literarische Darstellungen unterdrückt, weil sie Normen enthalten, die mit den Bestimmungen der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit in Widerspruch stehen [25]. Ein Kunstzweig, dem während Jahrhunderten die Anerkennung als hohe, echte Kunst versagt blieb, ist das Theater. Nach den mittelalterlichen Misterienspielen, die sich auf die Aufführung von biblischen Themen beschränkt hatten, emanzipierte sich das Theater von der Kirche und brachte auch weltliche Spiele zur Darstellung. Verbunden mit der Verweltlichung war die Einführung einer strengen Staatsaufsicht; so wurde auf dem ganzen europäischen Kontinent nach und nach die Theaterzensur eingeführt [26]. Nach der Reformation machte die Kirche das Theater für den Sittenzerfall verantwortlich und forderte ein allgemeines Verbot des Theaterspielens. Erst im Laufe des 19. Jh. bildete sich die besondere Stellung des Theaters als Kulturträger und als Organ der Meinungsäusserung heraus. Auch nach der Aufhebung der

---

23) Schneider, a.a.O., S. 68
24) Rittler, Freiheit der bildenden Kunst, S. 97
25) Heikle Abgrenzungen zwischen Kunst und Sittlichkeit ergeben sich heute noch im Strafrecht.
26) Opet, a.a.O., S. 135

Pressezensur blieb indessen vorerst in den meisten Ländern die Theaterzensur bestehen, weil die unmittelbare, intensive Wirkung, der Vorführung eine erhöhte Gefährdung der öffentlichen Ordnung mit sich brachte.

Auf dem Gebiete der bildenden Kunst war der Künstler bis zur Renaissance ausschliesslich im Dienste von kirchlichen und adeligen Auftraggebern tätig gewesen. Erst mit der Verbreitung der naturrechtlichen Ideen, welche der menschlichen Person, dem Individuum, einen Eigenwert zuerkannten, trat auch der bildende Künstler aus seiner Anonymität heraus und begann, sich seine geistigen Inhalte selbst zu setzen. Von diesem Zeitpunkt an verkörperte das Kunstwerk nicht bloss einen Kulturwert, sondern wurde darüber hinaus Ausdruck der künstlerischen Persönlichkeit. Freilich blieb der Künstler vorerst noch eng an seinen Auftraggeber gebunden, weil er auf dessen finanzielle Förderung angewiesen war. Die bildende Kunst trat noch nicht als Meinungsträger an die Oeffentlichkeit wie die Literatur; sie blieb in den Galerien der Fürstenhöfe vorerst einer Minderheit vorbehalten. Radikale Umwälzungen auf geistigem und technischem Gebiet stürzten die Kunst im 19. Jh. und zu Beginn des 20. Jh. in eine tiefe Krise, die heute als Beginn der Moderne angesehen wird. Der Umbruch auf geistigem Gebiet zeigt sich in dem Wegfall überkommener Wertsysteme und Leitbilder. Die einheitlichen, traditionellen Gehalte, auf die das geistige Wirken während Jahrhunderten aufgerichtet gewesen war, zerfielen. Nach der Negierung der klassischen Aethetik als höchster Wertmassstab verlor die Kunst ihren absoluten Wert. Die Kunst wurde einbezogen in die soziale Wirklichkeit; sie wird heute oft nicht mehr durch das Medium der Schönheit "entaktualisiert". Dieser Entwicklung muss auch bei der Untersuchung des Wesens der Kunstfreiheit Rechnung getragen werden.

§2 DIE GARANTIE DER KUNSTFREIHEIT IN DER SCHWEIZ

I. Die ältere Praxis des Bundesgerichts zu der Garantie von den Freiheitsrechten

1. Allgemeines

Die Verfassungsgeber von 1848 und 1874 verzichteten darauf, einen vollständigen, systematisch aufgebauten Grundrechtskatalog in die Bundesverfassung aufzunehmen. So fehlen manche für den materiellen Rechtsstaat unentbehrliche Grundrechte wie z.B. die Eigentumsfreiheit (bis zum Erlass des Bodenrechtsartikels), die persönliche Freiheit, die freie Meinungsäusserung durch andere Mittel als die Presse und die Versammlungsfreiheit. Diese Lückenhaftigkeit ist auf verschiedene Gründe zurückzuführen. Einmal hatten die naturrechtlichen Ideen, die ihren ersten Niederschlag in den Verfassungen der Neuenglandstaaten gefunden hatten, an Wirkungskraft verloren; bei der Schöpfung der BV standen organisatorische Fragen im Vordergrund [1]. Ueberdies wurden den Kantonen die Grundrechte überlassen, die primär zum kantonalen Aufgabenkreis gehören und daher durch die Bundesgewalt nicht so leicht verletzt werden konnten. Beispiele dieser Art sind die persönliche Freiheit und das Hausrecht [2]. Da seit 1874 die Grundrechtsbestimmungen nicht mehr erweitert wurden, fehlen heute darin auch Grundrechte, die erst durch die technische Entwicklung aktuell geworden sind wie die Radio- und die Filmfreiheit [3].

Die Kunstfreiheit bildet insofern einen Sonderfall, als es sich dabei um ein Grundrecht handelt, welches nicht bloss in der Schweiz, sondern auch in den meisten andern Staaten keine Aufnahme in den Grundrechtskatalog gefunden hat. Der Grund für die Nichtberücksichtigung liegt einmal darin, dass der Kunstfreiheit lange kein eigenständiger Schutzbereich zuerkannt wurde; künstlerische Aeusserungen wurden unter den Schutz der Presse- und Meinungsfreiheit gestellt im Gegensatz zur Freiheit der Wissenschaft, welcher dank ihrer engen Verbindung mit der akademischen Lehrfreiheit schon früh eine selbständige Stellung einge-

---

1) Huber Hans, Die Grundrechte in der Schweiz, S. 184 ff.
2) Huber Hans, Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts, S. 103
3) Wobei nicht an dieser Stelle erörtert werden soll, ob es sich wirklich dabei um "neue" Grundrechte handelt.

räumt wurde [4]. Darüber hinaus ist der Bereich der Kunst rein wesenmässig einer rechtlichen Durchnormierung entzogen [5].

Die Materialien der Weimarerverfassung, welche der Kunstfreiheit in Deutschland zum ersten Mal einen selbständigen Artikel reservierte, geben wenig Auskunft über den Grund zu dieser Neuerung. Ridder bezeichnet diese Garantie als einen politischen Akt: Damit sollte der Kunst, die in ihren verschiedenen Erscheinungsformen die Opposition gegen das Bismarckregime geführt hatte, die Unabhängigkeit gewährleistet werden [6]. Als bezeichnend für die wenig kunstfreundliche Haltung des ausgehenden 19. Jh. werden etwa die Worte des Kaisers Wilhelm II: "Kunst für den Rinnstein" zitiert! [7] Das deutsche Grundgesetz formuliert die Kunstfreiheit in Art. 5 Abs. 3: Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei. Die Freiheit der Lehre entbindet nicht von der Treue zur Verfassung.

Die Garantie, die der jahrelang durch den Nationalsozialismus missbrauchten und geknebelten Kunst wieder zu einem freiheitlichen Wirkungsbereich verhelfen sollte, wird heute recht häufig in Anspruch genommen.

Verschiedene Kantonsverfassungen enthalten umfassende Verbürgungen der Meinungsfreiheit in Wort, Schrift und Bild, in welchen die Kunstfreiheit als inbegriffen gilt [8]. Daneben gibt es kantonale Verfassungen, welche die Kunstfreiheit in der Form der künstlerischen Berufsausübung speziell garantieren [9].

II. Die Anerkennung ungeschriebener Grundrechte

Die herrschende Doktrin in der Schweiz ist sich, wenn auch zum Teil mit abweichender Begründung darin einig, dass neben den geschriebenen auch unge-

---

4) Kitzinger Carl, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, S. 457
5) Kitzinger Carl, a.a.O., S. 457
6) Ridder Helmut, Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, S. 16
7) Aus "Kaiserreden", zit. bei Kitzinger, a.a.O., S. 455
8) z.B. Bern. KV, Art. 77
9) z.B. SH Art. 17, TG Art. 15, ZH Art. 21

schriebene Grundrechte anerkannt werden müssen [10]. Des besonderen Charakters der Grundrechte wegen können indessen die Grundrechtskataloge nicht auf dem Weg der gewöhnlichen Lückenfüllung ergänzt werden. Die Grundrechte sind grundlegende Ordnungsprinzipien, welche auf den zentralen Wert der Menschenwürde ausgerichtet sind. Nach Müller sind "die Einzelformulierungen der Grundrechte aus bestimmten historischen Gefährdungen des Menschen hervorgegangen. Es wäre daher ein ungeschichtliches Denken, wollte man heute den Katalog der Grundrechte als etwas Abgeschlossenes betrachten" [11]. Der materielle Rechtsstaat kann sich nicht mit einer stückhaften Gewährung von individuellen Freiheitsrechten begnügen. Die Berücksichtigung des naturrechtlichen Gehalts der Grundrechte verlangt, dass der menschlichen Person ein umfassender Schutz gewährt wird. Das Bundesgericht ist bis in die jüngste Zeit bei der Anerkennung von ungeschriebenen Grundrechten sehr zurückhaltend gewesen. In einem älteren Entscheid hat es zwar ausgeführt, dass die freie Entfaltung der Persönlichkeit auch auf Gebieten gelten müsse, wo diese Freiheit nicht ausdrücklich gewährleistet werde [12]. In späteren Entscheiden hat es diesen Gedanken während einiger Zeit wieder aufgenommen. Bei Anrufung eines ungeschriebenen Freiheitsrechts hat es dessen Verletzung bloss unter dem Gesichtspunkt der Willkür geprüft [13]. Erst in den letzten Jahren wird vom Bundesgericht eine Reihe von grundlegenden, für den materiellen Rechtsstaat unentbehrliche Grundrechte als ungeschriebene Verfassungsrechte anerkannt. In 87 I 114, wo es um die Frage des Verbots eines Films ging, der die Vorbereitung und Ausführung zweier Mordtaten eingehend schilderte, stellte das Bundesgericht nebenbei fest: "... la liberté d'expression, qui constitue un principe fondamental du droit fédéral et cantonal, écrit ou non, est uns extension de la protection assurée par la liberté de la presse" [14].

---

10) Huber Hans, Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts, S. 104,
Müller Jörg Paul, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, S. 84,
Giacometti Zaccaria, Das Staatsrecht der Kantone, S. 168 ff.
Aubert Jean François, Traité de droit constitutionnel Suisse, Nr. 1753, 1754

11) Müller Jörg Paul, a.a.O., S. 76

12) 45 I 133, Müller Jörg Paul, a.a.O., S. 81

13) Huber Hans, Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts, S. 104
Müller Jörg Paul, a.a.O., S. 83

14) Da nach Ansicht des Bundesgerichts ein Filmverbot, das vor der Handels- und Gewerbefreiheit standhält, auch kein anderes Grundrecht verletzen kann, erübrigte sich in diesem Urteil eine eingehendere Behandlung der Meinungsäusserungsfreiheit.

Die Eigentumsgarantie als ungeschriebenes Verfassungsrecht anerkannte das Bundesgericht zum ersten Mal im Jahre 1960; heute hat dieses Grundrecht auch Aufnahme in die Verfassung gefunden (Art. 22 ter BV) [15].

Wegweisende Gedanken über den Charakter der Grundrechte sind in der neuesten Praxis des Bundesgerichts zur persönlichen Freiheit enthalten. Früher hatte es die persönliche Freiheit, verstanden als Schutz der Bewegungsfreiheit und der körperlichen Integrität, bloss in den Kantonen als geschützt angesehen, die eine entsprechende Bestimmung in ihrer Verfassung enthielten [16]. Im Entscheid 89 I 92 erklärte das Bundesgericht, dass die persönliche Freiheit "die Voraussetzung für die Ausübung aller andern Freiheitsrechte sei" und "damit einen unentbehrlichen Bestandteil der rechtsstattlichen Ordnung des Bundes bilde; aus diesem Grund wurde die persönliche Freiheit den ungeschriebenen Verfassungsrechten zugeordnet. Dass die persönliche Freiheit dazu berufen ist, innerhalb der Grundrechte eine besondere Stellung einzunehmen, arbeitete das Bundesgericht im Entscheid 91 I 29 ff heraus. Es umschrieb wiederum die Rolle der persönlichen Freiheit als Voraussetzung für die Ausübung aller andern individuellen Freiheiten; als bedeutsame Neuerung dehnte es indessen den Schutzbereich aus:

La liberté individuelle ... "vise à garantir l'existance des conditions de fait indispensable... pour que l'homme puisse effectivement exercer ces autres libertés. Or celles-ci protègent non seulement le corps humain ..., mais aussi des intérêts idéaux (liberté d'opinion ou liberté religieuse par exemple). Il ne suffit donc pas que la liberté individuelle garantisse le droit d'aller et de venir et l'intégrité corporelle. Il faut aussi qu'elle protège l'homme contre les atteintes qui tendraient, par moyen quelconque, à restreindre ou à supprimer la faculté, qui lui est propre, d'apprécier uns situation donnée et de se déterminer d'après cette appreciation. En effet l'existence de cette faculté constitue la condition d'exercice de nombreux droits constitutionnels" [17].

In 95 I 45 [18] bestätigte das Bundesgericht diese Rechtsprechung, wonach die persönliche Freiheit institutionnell als Sicherung der Menschenwürde zu verste-

---

15) Zbl. 62 1961, S. 69 ff.
16) z.B. 47 II 497
17) Der Beschwerdeführer musste im Anschluss an einen Verkehrsunfall bei 2 psychiatrischen Expertisen dieselbe Alkoholmenge einnehmen, welche er nach Zeugenaussagen vor dem Unfall getrunken hatte. Beim 2. Mal weigerte er sich, den Alkohol zu konsumieren und machte vor Bundesgericht Verletzung der persönlichen Freiheit geltend.
18) Der Beschwerdeführerin wurde, da sie die ihr zugewiesene Arbeit nicht verrichtete, das Malen in der Untersuchungshaft nicht gestattet.

hen sei; als "verfassungsrechtlicher Leitgrundsatz" schütze sie alle Freiheiten, "welche elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung des Menschen darstellten." Damit gestaltet das Bundesgericht die persönliche Freiheit als eine Art Auffangrecht aus, das immer dann zur Anwendung kommen soll, wenn Rechte verletzt werden, die durch kein anderes geschriebenes oder ungeschriebenes Grundrecht geschützt werden. Mit dieser Auffassung nähert sich die bundesgerichtliche Praxis der deutschen Praxis, welche zum Teil Art. 2 Abs. 1 GG als Garantie einer allgemeinen Handlungsfreiheit deutet. Dadurch kann jedoch das Grundrecht seinem Gehalt nach nicht mehr genügend scharf bestimmt werden [19]. Das Bundesgericht stellt indessen klar, dass die persönliche Freiheit nicht zum Schutze gegen die Schranken anderer Freiheitsrechte angerufen werden kann. Mit dieser Neukonzipierung der persönlichen Freiheit hat sich das Gericht auch nicht der Auffassung von Giacometti angeschlossen, wonach die Bundesverfassung jede je aktuell werdende Freiheit gewährleiste [20].

Wie in der Doktrin unter anderen J.P. Müller will auch das Bundesgericht bloss jene Freiheiten schützen, welche mit der Entfaltung der Persönlichkeit in Zusammenhang stehen; eine schrankenlose Ausdehnung der Freiheitsgarantien würde zu einer Aushöhlung des Gehalts der auf den vorrechtlichen Wert der Menschenwürde bezogenen Grundrechte führen.

In 91 I 480 hatte das Bundesgericht festgehalten, dass auch die Sprachenfreiheit als ungeschriebenes Grundrecht der Bundesverfassung zu gelten habe, da sie - ähnlich wie die persönliche Freiheit - Voraussetzung für die Ausübung anderer Grundrechte, nämlich derjenigen der geistigen Kommunikation im weitesten Sinne sei.

Weitere wichtige ungeschriebene Grundrechte der Bundesverfassung hat das Bundesgericht bis heute nicht ausdrücklich anerkannt [22], doch hat seine Rechtsprechung in jüngster Zeit gezeigt, dass es sich zu einem umfassenden Schutz des Individuums im Sinne einer allgemeinen Entfaltungsfreiheit bekennt.

---

19) Huber Hans, ZBJV 1973, 109. Jg., S. 17
20) Giacometti Zaccaria, Die Freiheitsrechtskataloge als Kodifikation der Freiheit, ZSR 1955, 74. Jg., S. 149 ff.
21) Müller Jörg Paul, a.a.O., S. 83 ff.
22) z.B. das Hausrecht

III. Die Kunstfreiheit als ungeschriebenes Verfassungsrecht

1. Allgemeines

Die Kunstfreiheit wird in der Schweiz bisweilen als Bestandteil einer weitgefassten Meinungsäusserungsfreiheit verstanden [23]. In Art. 55 BV ist lediglich die Meinungsäusserung durch die Presse ausdrücklich garantiert. Lange hat sich das Bundesgericht geweigert, durch eine grosszügige Auslegung von Art. 55 BV alle möglichen Ausstrahlungen der Meinungsäusserungsfreiheit unter grundrechtlichen Schutz zu stellen. So hat es in früheren Urteilen wiederholt bestätigt, dass bundesrechtlich lediglich die Meinungsäusserung durch das Mittel der Presse geschützt sei [24]. Nach Burckhardt besteht die Eigenart der Presse in formeller Hinsicht darin, dass "ein Gegenstand, auf dem ein Gedanke in Wort oder Bild ausgedrückt ist, vervielfältigt und dadurch die Verbreitung des Gedankens ermöglicht wird [25]. Das Bundesgericht hat in früheren Entscheiden diese Definition übernommen und gestützt darauf z.B. Theateraufführungen von der Pressefreiheit ausgenommen [26].

In materieller Hinsicht zeichnen sich Presseäusserungen nach Praxis des Bundesgerichts dadurch aus, dass sie einen idealen Zweck verfolgen; geschützt sind also bloss Aeusserungen, welche irgendwie im Dienste der Allgemeinheit stehen [27].

In der staatsrechtlichen Doktrin zur Pressefreiheit ist die alte Praxis des Bundesgerichts wegen der nicht überzeugend wirkenden Einengung des Pressebegriffs in formeller Hinsicht oft kritisiert worden [28].

---

23) z.B. Giacometti, Bundesstaatsrecht, S. 365
24) 55 I 226
25) Burckhardt Walter, Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, S. 513 ff.
26) 41 I 226, 49 I 503
27) 42 I 82
28) z.B. Giacometti, Bundesstaatsrecht, S. 364 ff.
von Tscharner, Filmgewerbe und Gewerbefreiheit, S. 100

2. Der Meinungsbegriff

a) Allgemeines

Wenn auch heute die Kunstfreiheit in der Schweiz meist in den Schutz der Meinungsäusserungsfreiheit einbezogen wird, so ist noch niemand der Frage nachgegangen, in welchem Verhältnis Meinungs- und Kunstfreiheit zueinander stehen. Handelt es sich bei der Freiheit der künstlerischen Aeusserung um einen blossen Unterfall der allgemeinen Meinungsfreiheit oder kann die Kunstfreiheit vielleicht einen selbständigen Schutzbereich beanspruchen?
Zur Beantwortung dieser Frage gilt es vorerst den Begriff der Meinung zu klären.

Im einzigen Entscheid, wo sich das Bundesgericht ausführlich mit dem Begriff der Meinung befasste - es handelte sich um die Auslegung von §6 der luzernischen Verfassung -, machte es die Definition von Ridder [29] fast wörtlich zu seiner eigenen:

Meinungen sind "Ergebnisse von rationalen Denkvorgängen, auch durch eigene geistige Vorgänge irgendwie rational fassbar und mitteilbar gemachte Ueberzeugungen und künstlerische Bewusstseinsinhalte, schliesslich ein" lautes, vernehmbares Denken oder Kunstschaffen selbst, jedenfalls die eigenen geistigen Leistungen und Hervorbringungen der sie äussernden Menschen."

Das Bundesgericht stellte fest, dass gerade wegen des Fehlens einer speziellen Gewährleistung der Kunstfreiheit der Begriff der Meinung neben Stellungnahmen rationalen auch solche emotionalen Inhalts mitumfassen müsse [30]. Nach Giacometti ist die Meinungsäusserungsfreiheit "eine Ausstrahlung der Denkfreiheit und der Freiheit künstlerischen Erlebens. Sie gibt das Recht zu Aeusserungen, die irgendwelchen geistigen Inhalt oder geistige Empfindung ausdrücken [31].

b) Meinung als Stellungnahme?

Meinung wird bald als "Stellungnahme", als "Ueberzeugung" oder als "Bewusstseinsinhalt" bezeichnet. Die Verwendung dieser verschiedenen, angeblich syno-

---

29) Zbl 1963 64. Jg., S. 363 ff., Ridder Helmut, Meinungsfreiheit, S. 248
30) Zbl 1963 64. Jg., S. 363 ff.
31) Giacometti, Bundesstaatsrecht, S. 365.

nymen Begriffe macht deutlich, dass der Begriff der Meinung sich nur schwer umschreiben lässt. Schneider hat versucht, die Begriffe mit Hilfe der Lehre von den Erkenntnismodi nach Kant zu klassifizieren [32].

Die Erkenntnismodi werden danach je nach ihrer Beziehung zur Wahrheit eingeteilt. Der Begriff der Wahrheit ist objektiv und subjektiv zu verstehen. Objektiv wahr ist, was für jedermann gültig ist; bloss subjektiv wahr ist, was vom äussernden Individuum aus für richtig gehalten wird. Die subjektive Gültigkeit, auch Wahrhaftigkeit genannt, wird bei Kant in drei weitere Stufen unterteilt: Wissen, Glauben, Meinung [33].

Das Wissen ist ein objektiv und subjektiv zureichendes Fürwahrhalten. Die subjektiv zureichende, objektiv unzureichende Erkenntnis wird Glauben geheissen. Die Meinung schliesslich ist ein objektiv und subjektiv unzureichendes Fürwahrhalten; bei der Aeusserung einer Meinung sieht also das Individuum ein, dass auch das Gegenteil bewiesen werden könnte.

Nach Schneider umfasst die Meinung im verfassungsrechtlichen Sinn sicher nicht bloss die Meinung im logischen Sinn nach Kant, sondern auch den Glauben; denn die Unterscheidung der beiden Erkenntnismodi bezieht sich bloss auf den subjektiven Bereich [34].

Schwieriger ist die Frage zu beantworten, ob auch das Wissen unter den juristischen Meinungsbegriff fällt. Jede Meinungsäusserung geht notwendigerweise von einer Tatsache oder von allgemeinen Lebenserfahrungen aus; beim Wissen ist indessen die Tatsache der Inhalt der Aeusserung. Dies führt zum Problem, ob die Aeusserung einer Tatsache als Meinungsäusserung anzusehen ist.

In der deutschen Doktrin wird oft die Ansicht vertreten, dass die blosse Tatsachenwiedergabe nicht als Meinungsäusserung zu betrachten sei [35]. Dabei wird übersehen, dass auch durch die Mitteilung einer Tatsache eine Wertung ausgedrückt werden kann [36]. So kann z.B. das blosse Aneinanderreihen von Tatsachen

---

32) Schneider Franz, Presse- und Meinungsfreiheit, S. 17 ff.
33) Kant Immanuel, Gesammelte Werke, 3. Buch, S. 487
34) Schneider Franz, a.a.O., S. 23
35) z.B. Wernicke
36) Schneider Franz, a.a.O., S. 24

durch die Auswahl der Mitteilungen eine bestimmte Haltung zum Ausdruck bringen. Ganz allgemein liegt eine Meinungsäusserung nicht nur dann vor, wenn die Aeusserung dem Inhalt nach eine Meinung zum Ausdruck bringt, sondern auch, wenn durch die Form die Aeusserung kundgetan wird, dass damit eine Stellungnahme verbunden ist. Dies führt zu der für die Kunstfreiheit bedeutsamen Erkenntnis, dass auch reine Darstellungen unter Umständen Meinungsäusserungen enthalten können. Welchen Sinn hätten sonst die Bestimmungen in den verschiedenen Kantonsverfassungen, welche eine Meinungsäusserungsfreiheit in umfassender Weise in Wort, Schrift und Bild gewährleisten? Damit soll nicht gesagt werden, dass jede Darstellung notwendigerweise eine Stellungnahme und damit eine Meinungsäusserung enthalte. Man wird von Fall zu Fall entscheiden müssen, ob der "Autor" in seiner Darstellung erkennbar eine Stellung bezieht oder nicht.

c) Emotionale Aeusserungen

Gewisse Autoren beschränken den Meinungsbegriff auf rationale Aeusserungen und lassen den Bereich der emotionalen Aeusserungen nicht am Begriff der Meinung teilhaben. So führt z.B. Reisnecker aus, dass die Kundgebungen, die sich in einem "Appell an die Gefühle und Instinkte" erschöpfen, nicht als Meinungen bezeichnet werden können [37]. Wenn man den Zweck jeder Meinungsäusserung darin sieht, beim "Empfänger" meinungsbildend und überzeugend zu wirken, so kann diese Wirkung nicht auf rationale Aeusserungen beschränkt werden [38]. Gewiss liegt es im allgemeinen nicht im Wesen einer Gefühlsäusserung, einen bestimmten, fest umrissenen Gehalt zu übermitteln, doch kann sie sehr wohl die Funktion eines willenbildenden Mediums übernehmen. Wie wirkungskräftig Appelle an die Gefühle gestaltet werden können, dafür liessen sich beliebig viele Beispiele anführen! Auch hier gibt es keine allgemein gültigen Richtlinien, welche angeben, wann eine emotionale Aeusserung Meinungsträger ist; es wird auf den Einzelfall ankommen.

---

37) zit. bei Schneider, a.a.O., S. 37
38) Schneider, a.a.O., S. 37 ff.

3. Stellungnahme

Als Ergebnis des Versuchs, den Meinungsbegriff zu präzisieren, kann festgehalten werden, dass sich Meinungsäusserung und künstlerische Aeusserung nicht scharf abgrenzen oder gar gegenüberstellen lassen. Eine Meinung kann sehr wohl in einer blossen Darstellung oder in einer emotionalen Aeusserung zum Ausdruck kommen. Anderseits sind künstlerische Kundgebungen denkbar, welche sich nicht in Beziehung zu einer Meinungsäusserung setzen lassen. Erbel gebraucht für das Verhältnis von Meinungsäusserung und künstlerischer Aeusserung das treffende Bild der zwei sich schneidenden, aber nicht deckenden Kreise [39]. Es gibt also einen Bereich, der sowohl vom Schutzbereich der Meinungs- wie der Kunstfreiheit umfasst wird.

Die Verbindung von Kunst und Meinungsäusserung ist sogar eine oft vorkommende Ausdrucksform. In diesen Fällen stellt sich die Frage, dem Schutz welches Grundrechts solche Aeusserungen unterstellt werden sollen. Sollen sie allein dem Schutze der Kunstfreiheit teilhaftig werden, sollen Kunstfreiheit und Meinungsfreiheit in Anspruch genommen werden dürfen oder soll bloss die Meinungsfreiheit ihre Wirkung entfalten? Mit Erbel ist davon auszugehen, dass in Fällen, wo die Kunstform bloss gewählt wurde, um gegen über den gewöhnlichen Meinungsäusserungen eine Privilegierung zu geniessen, z.B. bei politischen Manifesten, nur die Anwendung der Meinungsäusserungsfreiheit in Frage kommt. Im allgemeinen sind indessen künstlerische Aeusserungen, die zugleich eine Meinungsäusserung enthalten, dem Schutz der Kunstfreiheit zu unterstellen; denn diese Verbindung der beiden Aussageformen ist, wie auch die geschichtliche Entwicklung der Kunstfreiheit zeigt, eine typische Form des künstlerischen Ausdruckes [40]. Für diese Art der Betrachtung spricht auch, dass bei einer künstlerischen Aeusserung das Gewicht einer darin enthaltenen Meinungsäusserung variabel ist; meist tritt es im Laufe der Zeit zurück, während die künstlerische Aeusserung ihren unverminderten Wert behält [41].

---

39) Erbel, Inhalt und Auswirkungen der Kunstfreiheitsgarantie, S. 21
40) Erbel, a.a.O., S. 128
41) vgl. die Werke der Klassiker!

§3 DIE DEFINITION DER KUNST IM VERFASSUNGSRECHT

I. Zum Begriff der Kunst im allgemeinen

"Im Bereich des ästhetischen Urteilens ist das gefühlsmässige Wissen wichtiger als das begriffliche, da auch im Bereich des künstlerischen Produzierens die unbewussten Antriebe primärer sind als die bewussten (Aus: Georg Schmidt, Umgang mit Kunst).

Kunst ist ein überaus vielschichtiger und weiträumiger Begriff der sich kaum in eine allgemein gültige Definition fassen lässt. Bis zum Ende des 19. Jh. stand hinter der abendländischen Kultur eine gewisse Werteinheit, die es erlaubte, Kunst als absolute, höchste menschliche Aeusserung von der Nichtkunst zu trennen. Dies bedeutet freilich nicht, dass in den früheren Jahrhunderten jeweils bloss eine Kunstrichtung vorherrschend gewesen wäre, so dass sich die Frage der Bewertung der verschiedenen, sich widersprechenden Richtungen nicht gestellt hätte [1]. Die entscheidende Wendung zur modernen Kunst hat sich am Anfang des 20. Jh. vollzogen. Mit dem Ausbau der technischen Möglichkeiten ging auch eine Funktionsveränderung der Kunst einher. Der Durchschnittsbürger sah in der Ablehnung der überlieferten Wertmassstäbe zugleich eine Ablehnung der überkommenen Gesellschaftsordnung. Die Identifikation einer bestimmten Kunstrichtung mit einer geistigen Haltung ist konsequent im Dritten Reich durchgeführt worden [2]. Wie alle totalitären Regimes hat der Nationalsozialismus das Medium der Kunst in seinen Dienst gestellt, weil er in der künstlerischen Form, die sich vor allem an die Gefühle wendet, ein besonders wirksames Mittel zur Verbreitung seiner Ideen sah. Was als Kunst zu gelten hatte, bestimmte der Staat [3].

Im modernen Rechtsstaat, wo die Kunst keine staatliche Funktion zu erfüllen hat, und das l'art pour l'art-Prinzip anerkannt ist, bleibt es in erster Linie der Kunstwissenschaft überlassen, sich mit der Definition der Kunst zu beschäftigen. Allein, eine Umschreibung des Wesens der Kunst scheint heute über-

---

1) Hildegard Brenner, Die Kunstpolitik des Nationalsozialismus, S. 274
2) Brenner Hildegard, a.a.O., S. 13: Werke der künstlerischen Avantgarde wurden als "kulturbolschewistisch" bezeichnet.
3) Buchholz Ernst, Kunst, Recht und Freiheit, S. 44 ff. (Gegenüberstellungen der Kunstdefinitionen von Kaiser Wilhelm II über Hitler bis zu den Sowjetführern!)

haupt nicht mehr möglich zu sein. Die Grenzen der Kunst werden immer weiter gezogen, ohne dass eine Uebereinstimmung darüber besteht, welche Kriterien ein Kunstwerk von einem Machwerk trennen. Auf der einen Seite entwickelt sich die Kunst zu einem Unterhaltungsmittel für die breiten Massen; auf der andern Seite steht die hohe Kunst als eine Art Geheimsprache unter Auserwählten, die sich nicht mit einer möglichst grossen Freiheit vom Staat zufriedengibt, sondern sich darüber hinaus keiner Bindung gegenüber der Gesellschaft bewusst sein will. Hinsichtlich Inhalt und Form hat die Kunst so neuartige Wege beschritten, dass sie oft nicht mehr als Kulturwert, sondern bloss als unverbindliche, subjektive Aeusserung gewertet wird. Wenn Bauhofer schreibt: "Die Kunst ist nicht blosses Spiel ästhetischer Formen, sondern eine Aeusserung, eine Selbstdarstellung und Gestaltwerdung des Menschlichen unter der Form des Aesthetischen" [4], wo sind dann Kunstwerke einzureihen, die sich in einer Kombination von Formen und Farben erschöpfen? Wer wagt noch zu entscheiden, wann das Werk eines Künstlers als Frucht einer geistigen Auseinandersetzung, als Selbstdarstellung zu betrachten ist, und wann es sich um eine bloss zufällige Anordnung von farbigen Klecksen handelt. Auch der Begriff der Aesthetik, der Lehre vom Schönen, als wichtigstes Merkmal der Kunst ist fragwürdig geworden. Wer wollte noch behaupten, dass die Kunst, früher als Medium harmonischer, idealer Schönheit bewundert, noch der Erhebung und Läuterung des Menschen dient. Ist überhaupt die gesamte moderne Kunst nur als Experiment zu werten, oder wird sie als erste Stufe einer neuen Entwicklung ihre Epoche überdauern?

Im Mittelpunkt der Diskussion um die Definition der Kunst steht indessen die Frage, ob dem ästhetischen notwendigerweise ein ethischer Gehalt entsprechen muss, damit überhaupt von Kunst gesprochen werden kann. Nach Staiger verdienen Werke, die sich in nihilistischen Aussagen erschöpfen und durch extrem realistische Schilderungen des "wahren" Lebens Abscheu erregen, das Adjektiv künstlerisch ist nicht, weil richtige Kunst nicht bloss ein ästhetisches Phänomen sei, sondern auch den Anforderungen der Sittlichkeit genügen müsse. Auch engagierte Kunst schliesst Staiger aus dem Kreis der echten Kunst aus, weil die Propagierung politischer und sozialer Ideen mit dem freien Schöpfertum unvereinbar sei [5]. Allein, auch wenn man die Verbindung von Aesthetik und Ethik vorläufig nicht in Frage stellt, gilt es doch zu bedenken, dass alle Werte rela-

---

4) Bauhofer Oskar, Der Mensch und die Kunst, Luzern 1944, S. 21
5) Aus einer Rede von Staiger über "Literatur und Oeffentlichkeit", abgedruckt im "Bund", Nr. 47, 1967

tiv sind; wo die äusserste Grenze zu ziehen ist, ist deshalb schwierig zu bestimmen. Was vor wenigen Jahrzehnten in krasser Weise gegen Sitte und Anstand verstiess, braucht heute nicht mehr sittenwidrig zu sein. Nicht alle Werke, die zu ihrer Entstehungszeit wegen ihres politischen Gehalts als Provokation erschienen, sind blosse Zeitdokumente geblieben, oft hat man ihnen später eine allgemeingültige Aussage entnommen [6].

Die Erkenntnis, dass trotz der Relativität aller Werte es doch immer wieder Kunstwerke gibt, die ihre Zeit überdauern und unangefochten über Jahrhunderte hindurch zum Bestand der Literatur gehören, während andere vielleicht in ihrer Epoche einen gewaltigen Widerhall finden, aber schon bald nur nocht zeitgeschichtliches Interesse erregen, führt zur Frage, nach welchen Gesetzen sich dieser Ausleseprozess vollzieht, ob es nicht doch ewige, unveränderliche Werte gibt, die ohne Rücksicht auf die herrschende Gesellschaftsordnung gelten. Emrich hat in dem verwirrenden Durcheinander von Kunst und Nichtkunst nach diesen allgemein verbindlichen Massstäben gesucht. Er weist nach, dass die Begriffe "gut" und "schön", welche für die Klassiker untrennbar mit dem Kunstbegriff verbunden waren, heute inhaltsleer sind [7]. Der Gehalt allein kann nach ihm für den Wert eines Kunstwerks nicht massgebend sein; denn er unterliegt im Wechsel der Epochen verschiedenen Bewertungen. Aber auch die Formelemente für sich entscheiden nicht über die Zugehörigkeit eines Werkes zum Kreis der Kunstwerke, weil trotz vollendeter Form ein Werk inhaltlich absolut bedeutungslos sein kann [8]. Kunstwert besitzt nach Emrich ein Werk bloss, wenn sowohl Gehalt wie Form, die beide historisch bedingt sind, eine solche Tiefe, einen solchen Bedeutungsreichtum erlangen, dass sie immer wieder neu gedeutet werden können. Nur der ist ein Künstler, der ein wahres d.h. umfassendes Bild des Menschen oder des Lebens überhaupt zeichnet. Dieses Bild enthält zwangsläufig Tatbestände, die den anerkannten Normen der Sittlichkeit widersprechen. Trotzdem sind solche Werke sittlich; denn durch die Erkenntnis der verschiedenen Werte und Unwerte gelangt man zur Einsicht in das Wesen der höchsten, uner-

---

6) "Literatur ist im Innersten ein ästhetisches Phänomen, das an Gesellschaft, Politik, Religion, Philosophie, Psychologie partizipiert, aber von diesen her nicht völlig zu erfassen ist" (Literatur und Provokation, bespr. von Manfred Gstaiger, NZZ Nr. 234, 1968). Dies bestreitet im übrigen auch Staiger nicht.

7) Emrich Wilhelm, Kann Dichtung verboten werden?, S. 159

8) Emrich geht von der Zweiteilung in ästhetische Form und ethischen Inhalt aus.

füllbaren ethischen Werte [9]. Zwischen Ethik und Aesthetik in diesem Sinn besteht kein Widerspruch. Allerdings verkennt auch Emrich nicht, dass Tatbestände, die einem höheren ethischen Prinzip entsprechen, oftmals vom Strafgesetz geschützte Werte verletzen. Er verlangt vom Künstler, dass dieser unmissverständlich darlegt, ob solche Tatbestände den Prinzipien des Strafgesetzes oder den Prinzipien der absoluten Ethik entsprechen [10]. Allein, auch diese Deutung kann die Relativität der Werte nicht beseitigen.

II. Beispiele von rechtlichen Kunstdefinitionen

1. Kunstdefinitionen, die in Zusammenhang mit der Kunstfreiheit gebracht werden können

a) Schweizerische Beispiele

Im schweizerischen Recht, wo die Kunstfreiheit nicht als selbständige Garantie anerkannt ist, hat sich der Richter nur selten mit dem Wesen der Kunst zu befassen. Ganz allgemein scheint das Recht nicht geeignet, den Begriff der Kunst näher zu charakterisieren; denn ein objektiver Entscheid auf diesem Gebiet ist praktisch unmöglich. Dazu ist es schwierig, aus den wenigen Kunsturteilen, die in einem kleinen Land gefällt werden, allgemeine Tendenzen herauszulesen.

- Bei der Beurteilung eines chinesischen Romans sprach das Bundesgericht dem Werke jede künstlerische oder wissenschaftliche Bedeutung ab, ohne näher auf das Wesen der Kunst einzugehen. Es gestand dem Roman höchstens einen gewissen Wert als Zeitdokument für Sinologen, Literatur- und Kunstkritiker zu. Es betrachtete den Roman als unzüchtig, weil die grob anstössigen Schilderungen durch den angeblich moralischen Gehalt nicht überdeckt würden. Das Bundesgericht hielt fest, dass das Urteil gleich ausgefallen wäre, wenn echte künstlerische oder wissenschaftliche Werte zur Diskussion gestanden hätten (87 IV 78).

---

9) vgl. die von Emrich erwähnten Lehren von Kant, 2. Band, 6. Buch, S. 126 (Renner-Ausgabe)

10) Emrich, a.a.O., S. 170/171

- Die Zollbehörden beschlagnahmten eine Sendung von japanischen Stichen und Holzschnitten, die ein Galeriebesitzer in Berlin, der von einem Antiquitätenhändler in Sitten mit dem Verkauf beauftragt worden war, an diesen zurücksandte. Das Bundesgericht erachtete die Darstellungen als unzüchtig, anerkannte indessen: "... les objets présentent en même temps un intérêt culturel certain - il s'agit d'accord avec les experts d'oeuvres d'art d'une valeur incontestable" (98 IV 136). Das Bundesgericht verfügte daher, dass die Bilder einer beschränkten Oeffentlichkeit zugänglich gemacht werden sollten.

- In 86 IV 19 hatte sich das Bundesgericht mit einem Kunstmaler zu befassen, der, nachdem sein Bild von verschiedenen Museen abgelehnt worden war, sein Werk auf einem Platz in Basel aufstellte, um die Aufmerksamkeit darauf zu lenken. Das Bundesgericht ging ohne nähere Begründung davon aus, dass es sich beim ausgestellten Werk um Kunst handle [11]. Die Vorinstanz, das Basler Appellationsgericht, stützte sich auf die Experten, die in dem Bild "eine ernsthafte künstlerische Leistung erblickten .... die von vornherein pornographischen Aesserungen nicht gleichgestellt werden dürfe" [12]. Das Gericht selbst kam nach Befragung des Angeklagten zum Schluss, dass es sich um einen "ernsthaft und ehrlich strebenden Künstler" handle, "dessen Arbeit ein künstlerisch-ethischer Gehalt nicht abgesprochen werden kann" [13].

- Beim Verbot des Films "Das Lächeln einer Sommernacht" behandelte das Bundesgericht die Kunstfreiheit als Unterfall der Meinungsäusserungsfreiheit mit der Begründung, dass unter den weitgefassten Begriff der Meinung auch das Kunstschaffen einzubeziehen sei. "In diesem Sinn wird auch einem Film, der nicht der Verbreitung oder Verteidigung von Stellungnahmen, Wertungen oder Anschauungen auf dem Gebiet der Moral, der Politik, des Wissens und des Glaubens dient, sondern rein als Kunstwerk verstanden sein will, der Schutz von §6 (kant. Garantie der Meinungsfreiheit) zuteil (Zbl 1963 64. Jg., S. 343.

---

11) Die Frage, ob es sich um ein Kunstwerk handelt, ist Tatfrage, wobei das Gericht an die Vorinstanz gebunden ist; ob das Kunstwerk unzüchtig wirke, ist Rechtsfrage, die frei überprüft werden kann.
12) BJM 1960, S. 85 ff.
13) BJM 1960, S. 89

Die Gerichte haben sich in allen Fällen nicht eingehender mit der Kunst befasst. Sie haben sich auf das Urteil der Experten verlassen, die die Werke in ästhetischer und ethischer Hinsicht zu bewerten hatten. Die Gerichte befassten sich nur noch mit der Frage, in welcher Weise die künstlerische Freiheit respektiert werden könne. Trotz hoher künstlerischer Qualität wurde bei einem Werk die Unzüchtigkeit nicht ausgeschlossen (86 IV 136). Ob die wertfreie Definition der Kunst bloss für den Film gilt, oder ob sie auch auf andere Kunstzweige angewendet werden kann, bringt das Filmurteil nicht zum Ausdruck.

b) Beispiele aus der deutschen Doktrin und Praxis

V. Mangoldt-Klein [14] übernehmen die etymologische Deutung des Kunstbegriffs aus dem Grossen Brockhaus: Kunst im weitesten Sinn ist jedes zur Meisterschaft entwickelte Können. Im engeren Sinn bedeutet Kunst die "Gestaltung eines geistig-seelischen Gehalts durch eine eigenwertige Form nach bestimmten Gesetzen."

Auch Hamann [15] übernimmt diese Formulierung aus dem ausserjuristischen Bereich, wobei er präzisiert, dass auch die Kunst als meisterhaftes Können im verfassungsrechtlichen Kunstbegriff eingeschlossen sei. Das Oberverwaltungsgericht Münster [16] hatte zu entscheiden, ob der Roman von Siegfried Sommer "Meine 99 Bräute" der Kunst diene oder jugendgefährdend sei. Es übernahm die Kunstdefinition im engern Sinn von v. Mangoldt-Klein, leitete indessen die Kunst im weitern Sinn nicht von "Können", sondern von "Künden" in der Weise ab, dass Kunst eine besondere Form der Wahrheitsverkündung bedeute. Es untersuchte Abschnitt um Abschnitt das Werk auf seinen geistig-seelischen Gehalt hin und kam zum Schluss, dass der Gehalt objektiv wahrheitswidrig sei, weil die Bekehrung der Hauptperson alle vorangehenden Obszönitäten nicht zu rechtfertigen noch aufzuheben vermöge.

---

14) V. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Anm. X 3 zu Art. 5
15) Hamann, Das Grundgesetz, S. 111
16) NJW 1959, S. 1890 ff.

Auch das Landgericht Hamburg [17] stützt sein Urteil, das sich mit der angeblichen Unzüchtigkeit des Romans "Notre Dame des Fleurs" von Jean Genet auseinanderzusetzen hat, auf die Definition von v. Mangoldt-Klein. Es wendet die Formel allerdings nicht an, sondern stellt auf die Gutachten ab, die dem Werk, das vor allem durch die Ausdruckskraft seiner Sprache besteche, literarische Qualität zubilligen, obwohl es auch objektiv unzüchtige Stellen enthält [18].

Das Landesverwaltungsgericht Köln [19] hatte zu entscheiden, ob das Buch "Kokain" von Pitigrilli als jugendgefährdend zu indizieren sei. Es anerkennt die literarische Begabung des Autors, die dieser indessen nicht in den Dienst der Kunst stelle, sondern dafür einsetze, um moralisch verwerfliche Gedanken in raffinierter Form zu verbreiten. Ein Kunstwerk müsse künstlerisch und ethisch hochstehend sein. Literarische Begabung kann daher für den Künstler als Negtivum gewertet werden, wenn er sich seiner Verantwortung gegenüber der Sittlichkeit nicht bewusst ist. Die alte Streitfrage, ob Kunst auch unsittlich sein kann, ist hier im Hinblick auf den Jugendschutz verneint worden. Allerdings übersieht das Gericht, dass das Gesetz selbst nicht diese Auffassung teilt, weil es Werke, die, obgleich sie jugendgefährdend sind, der Kunst dienen, ausdrücklich von der Indizierung ausnimmt. In einem andern Urteil des gleichen Gerichts wird das "Empfinden des für Kunst interessierten, gebildeten und sittlich verantwortungsbesussten Durchschnittsmenschen, nicht aber der Geschmack von sog. Experten irgendeiner Richtung" als massgebend für den Begriff der Kunst betrachtet [20].

In einer Besprechung des Urteils des Oberverwaltungsgerichts Münster setzt sich Stein [21] kritisch mit der Definition der Kunst auseinander, die das Gericht seiner Beurteilung zugrunde gelegt hat. Er lehnt jede Kunstdefinition ab, die noch immer idealistische Merkmale in die Kunst hineintragen will, obwohl ein objektiver Wertmassstab fehlt. Die Verfassung bekenne sich ohne Einschränkung zu jeder Kunst. Der Staat solle sich darauf beschränken, die Form zu beurteilen, wobei zusätzlich die Art der Herausgabe und die äussere Aufmachung als Indi-

---

17) NJW 1963, S. 675 ff.
18) Buchholz, a.a.O., S. 9 ff.
19) Unveröffentlicht, zit. bei Erbel, a.a.O., S. 9
20) Unveröffentlicht, zit. bei Erbel, a.a.O., S. 10
21) Stein, Anm. zum Beschluss des OVG Münster vom 18.11.58 in: JZ 1959, S. 720 ff.

zien berücksichtigt werden müssen. Wesentlichstes Merkmal der Kunst sei ihr schöpferischer Gehalt, den v. Mangoldt-Klein überhaupt nicht berücksichtige.

Auch Ropertz [22] hält einzig die objektive Bezogenheit eines Werkes auf die Kunst als massgebend. Bezüge zur Sittlichkeit oder Wahrheit dürften nicht in den Kunstbegriff hineininterpretiert werden.

Geiger stellt fest, dass der Begriff der Kunst sich ins Uferlose ausgedehnt hat, weil objektive Grenzen zwischen Kunst und Nichtkunst fehlen. Weder brauche die heutige Kunst eine Beziehung zur Aesthetik noch erschöpfe sie sich in einem Appell an die Gefähle. Massgebend sei allein die Formung des Stoffes, die zu einer Art "Verdichtung" des Ausdrucks führen müsse; eine meisterhafte Darstellung, die auf Könnerschaft und Talent hinweist, sei nicht erforderlich [23].

Von allen Autoren beschäftigt sich Erbel am eingehendsten mit den Fragen der Kunstdefinition. Er setzt sich für eine Definition ein, die der besondern Stellung der Kunst im Verfassungsleben gerecht wird. Dies bedeutet einmal, dass der Begriff der Kunst in der Verfassung unter Umständen abweichen kann vom Kunstbegriff in andern Rechtsgebieten. Zudem geht es nicht darum, den Begriff aus den Gebieten der Ethik und Aesthetik tel quel zu übernehmen. Bloss die Anwendung verschiedener rechtlicher Auslegungsmethoden führt zu einer Begriffsklärung [24].

Im Vordergrund steht dabei die sog. integrierende Interpretation, welche die Kunstfreiheit mit der Grundsatznorm von Art. 2 Abs. 1 GG in Beziehung bringt: die Kunstfreiheit als Spezialnorm zu Art. 2 Abs. 1 gewährleistet die freie Entfaltung der Persönlichkeit auf dem Gebiete der Kunst [25]. Versteht man die Kunstfreiheit in diesem Sinn, so ist grundsätzlich jede, wenn auch noch so belanglose Schöpfung auf künstlerischem Gebiet, die der freien Entfaltung der Persönlichkeit dient, geschützt.

---

22) Ropertz, Die Kunstfreiheitsgarantie, S. 98 ff.
23) Geiger, Zur Diskussion über die Freiheit der Kunst, S. 188 (Bd. 2) in: Festschrift für Gerhard Leibholz
24) Erbel, a.a.O., S. 35 ff.
25) Erbel, a.a.O., S. 91

Noch weniger Anforderungen an den Kunstbegriff in einem konkreten Fall stellte das Bundesgericht in seinem ersten Urteil zu Art. 5 Abs. 3 GG:[26] "Vielmehr ist ein solcher Spielfilm, ungeachtet seines künstlerischen Wertes, der hier nicht zur Entscheidung des Gerichts steht, ein Erzeugnis der Kunst in gleicher Weise wie etwas ein Roman oder ein Theaterstück, die frei erdachte Handlungen zum Gegenstand haben ohne zugleich erkennbar zu irgendwelchen Problemen Stellung zu beziehen." Damit formulierte das Gericht eine Art "negative Kunstdefinition", die die Zugehörigkeit eines Werkes zur Kunst nur davon abhängig macht, dass es eine frei erdachte Handlung zum Gegenstand hat, die nicht eine Meinungsäusserung enthält. Abgesehen davon, dass die Trennung von Kunst und Meinungsäusserung, wie sie das Bundesverwaltungsgericht vornimmt, auch in der deutschen Literatur nicht unbestritten ist, ist diese Lösung nicht überzeugend. Der Verzicht auf jegliche Wertung beseitigt wohl die Schwierigkeit, Werke der Kunst als solche zu erkennen; sie ist anderseits so weit, dass sie dem Begriff der Kunst jeden Inhalt nimmt. Erbel wirft dem Urteil vor, dass es den Beweis schuldig bleibe, dass der Kunstfreiheit ein solch inhaltsleerer Begriff zugrunde gelegt werden darf [27]. Ropertz sieht allerdings eine gewisse Einschränkung darin, dass das Gericht seine Begriffserzeugnisse der Kunst und nicht für die Kunst schlechthin aufstellt [28]. Das Gericht verlangt als weiteres Merkmal, dass den Erzeugnissen der Kunst, zumindest den Sprachwerken und dem Film, eine Handlung zugrunde liegen muss. Auch dieses Erfordernis ist nicht geeignet, allgemein Klarheit zu schaffen über den Kunstbegriff; ein Stoff oder eine Handlung bilden keine generellen Voraussetzungen für ein Kunstwerk. In einem neueren grundlegenden Entscheid hat das Bundesverwaltungsgericht diese Abgrenzung zwischen Kunst und Meinung fallengelassen [29]. Der V. Senat, der im vorliegenden Fall zu beurteilen hatte, ob eine Schrift jugendgefährdend sei, bat den I. Senat, der das "Sünderin"-Urteil gefällt hatte, um Erläuterung des betreffenden Entscheids. Der I. Senat führte aus, dass es im "Sünderin"-Fall darum gegangen sei, ob ein das Dirnentum und den Selbstmord verherrlichender Film mit Romanen und Theaterstücken, die eine erdachte Handlung zum Gegenstand hätten, ohne zu irgendwelchen Problemen eine bestimmte Stellung zu nehmen, verglichen werden könne. Damit sollten jedoch nicht alle Werke, die die erwähnte Eigenschaft aufwiesen, in den Rang von Kunstwerken gehoben werden.

---

26) NJW 1955, S. 1203 ff.
27) Erbel, a.a.O., S. 3 ff.
28) Ropertz, a.a.O., S. 41
29) BVerwGEr. 23, 104 ff.

Der V. Senat sah sich nach dieser Begründung in seiner Kunstdefinition nicht gebunden. Er selbst stützte sich auf den Begriff der Kunst im weiteren Sinn, wie ihn v. Mangoldt-Klein aus dem Brockhaus übernommen hatten, und stellte die Umschreibung von Emrich (a.a.O., S. 162 ff.) als gleichwertig daneben, ohne indessen selbst die beiden Formeln weiter auszulegen. Er führte bloss aus, unter den Schutz des Art. 5 Abs. 3 würde nur echte Kunst fallen.

In der deutschen Doktrin wird auch etwa der Begriff der begriffsimmanenten Schranken der Kunst verwendet. Ausgangspunkt ist dabei ein ethischer Kunstbegriff; wenn ein Werk bestimmten Anforderungen in sittlicher Hinsicht nicht genügt, ist es überhaupt kein Kunstwerk. Diese Deutung trägt indessen in keiner Weise zu einer Klärung des Kunstbegriffs bei; sie macht ihn im Gegenteil abhängig von vagen, subjektiven Wertungen [30].

Die ausgewählten Beispiele aus der deutschen Praxis und Doktrin zeigen, dass auch in Deutschland kein einheitlicher Kunstbegriff im Verfassungsrecht gefunden werden konnte.

2. Kunstdefinitionen im Urheberrecht

a) Allgemeines

Ein Rechtsgebiet, in dem der Jurist gezwungen ist, sich intensiv mit dem Wesen der Kunst zu befassen, ist das Urheberrecht. Aus der reichhaltigen Literatur und Praxis lassen sich zahlreiche Aspekte gewinnen, die auch für das Grundrecht von Bedeutung sind.

Das Urheberrechtsgesetz verzichtet auf eine Nennung der Eigenschaften, die ein Kunstwerk ausmachen; es begnügt sich mit einer Enumeration der Werkgattungen, die unter den Schutz des Gesetzes fallen. Die Zugehörigkeit eines Werkes zu einer der aufgeführten Arten lässt vermuten, dass es sich um ein Kunstwerk handelt; es bleibt der Praxis überlassen zu bestimmen, ob es nicht bloss der

---

30) kritisch dazu: Knies, Schranken der Kunstfreiheit, S. 115 ff.

Gattung, sondern auch dem Wesen nach ein Kunstwerk ist. Andererseits ist die Aufzählung der Werkgattungen nicht abschliessend, so dass auch Werke aus andern Gattungen den Schutz des Gesetzes geniessen können [31].

Art. 1 - 4 des URG zeigen, dass der Schutz des Gesetzes nicht allein Kunstwerke im geläufigen Sinn des Wortes d.h. Werke mit ästhetischer Wirkung umfasst, sondern auch technische und wissenschaftliche Werke einbezieht, weil auch sie in gleicher Weise des Schutzes bedürfen. Die Abgrenzung der ästhetischen Werke zu den andern Geisteswerken hat die Gerichte noch nie beschäftigt. Auch die Qualifikation eines Werkes als Kunstwerk führt im Urheberrecht im allgemeinen zu keinen Schwierigkeiten.

b) Form und Inhalt

Ausgangspunkt des urheberrechtlichen Schutzes ist die Analyse des Werkbegriffs: welches sind die Merkmale an einem Werk, die nicht beliebig von andern weiterverwendet werden dürfen? Geschützt ist sicher nicht das Papier als körperlicher Gegenstand oder die Leinwand, auf die das Bild gemalt ist. Monopolisiert werden darf auch nicht die Art und Weise, wie ein Maler ein Bild malt und der Stil, dem sich ein Schriftsteller verschrieben hat; denn diese Elemente müssen andern Künstlern zur Verwendung frei bleiben [32]. Die Einmaligkeit des Werkes liegt in andern Schichten. Die ältere deutsche Literatur hat mit dem Gegensatzpaar Form und Inhalt Geschütztes und Ungeschütztes unterscheiden wollen. Die Trennung der beiden Begriffe nach systematischen Grundsätzen ist indessen unmöglich, weil beides relative Begriffe sind, die zudem in den verschiedenen Kunstgattungen mit verschiedener Bedeutung verwendet werden. Bei Sprachwerken führt diese Aufteilung zum Wortlaut als geschützte Form und dem dahinter stehenden Sinngehalt als freien Inhalt. Kummer weist darauf hin, dass dadurch der Autor nicht einmal gegen eine Uebersetzung geschützt wäre, weil die Uebernahme des Inhalts in eine andere Form nicht verboten werden könnte [33]. Diese Unzulänglichkeit hat in der deutschen Praxis zu einer weiteren Un-

---

31) Troller, Immaterialgüterrecht, S. 405 ff.
32) Troller, a.a.O., S. 429
33) Kummer, Das urheberrechtlich schützbare Werk, S. 9

terteilung des Werkes in innere und äussere Form einerseits, in den Inhalt andererseits geführt [34]. Auf das Sprachwerk übertragen heisst dies, dass die äussere Form den blossen Wortlaut umfasst, während die innere Form gleichzusetzen ist mit der Art, wie der Autor seine Gedanken darstellt [35].

Wie willkürlich hier die Grenzen zwischen Form und Inhalt werden, zeigt sich z.B. in einem Gedicht, dessen an sich banaler Inhalt durch die Art des Satzbaus und den Satzrhythmus verdichtet werden. Gehört in diesem Fall die innere Form nicht auch zum Inhalt, weil dieser notwendigerweise von der Form der Darstellung beeinflusst wird. Form und Inhalt gehen in solchen Fällen ineinander über. Richtig ist, dass Vieles am Inhalt frei ist wie etwa die Tatsachen, Regeln, Ideen [36]. Der Schutz des Werkes kann bald in der Form und bald im Inhalt liegen. Das Bundesgericht hat bestätigt, dass es sich beim Urheberrecht nicht um einen blossen Formschutz handelt: 88 IV 127. In 64 II 165 führt es aus, dass die Originalität nicht bloss in der Form des Werkes, sondern ebenso im Stoff oder im Inhalt zu suchen sei [37].

c) Die Werthöhe

Auch das Urheberrecht muss sich irgendwie mit dem Problem der Kunstqualität befassen. Es fragt sich vor allem, ob der Schutz eines Werkes abhängig gemacht werden soll von seinem künstlerischen Rang. Nach Rintelen können bloss wertvolle Erzeugnisse der Kunst geschützt werden, weil sonst der Zweck des Urheberrechts, der in der Vermehrung der Kultur besteht, vereitelt werde; nicht unter das Gesetz fällt nach ihm, was eine Durchschnittspersönlichkeit ohne Phantasie herstellen kann [38]. Allein, wer sollte hier Kunstrichter spielen und entscheiden, ob das Werk im Hinblick auf die Kultur eine Bereicherung darstellt oder eine besondere Begabung des Künstlers offenbart. Nach der deutschen Praxis sollte der Richter entscheiden, ob das Werk einen solchen Grad erreiche,

---

34) Kohler, Das Autorrecht, S. 168 ff.
35) Del Bianco, Le droit de l'auteur, S. 21
36) Troller, a.a.O., S. 510 ff.
37) Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, S. 119
38) Rintelen, Urheberrecht und Urhebervertragsrecht, S. 14

dass nach den im Leben herrschenden Anschauungen von Kunst gesprochen werden könne. Die Ansicht einer grösseren Gruppe soll wohl das subjektive Urteil des Einzelnen ausschalten und durch einen "allgemeinen", in der täglichen Sprache vorkommenden Kunstbegriff ersetzen [39]. Das Urteil über den Kunstwert ist indessen seiner Natur nach immer subjektiv und daher nicht geeignet als Massstab zur Trennung von geschützten und ungeschützten Werken. Wie könnte überhaupt der Richter die im Leben herrschenden Anschauungen feststellen? Es ist die Aufgabe des Rechts, neue, von der Werthöhe unabhängige Kriterien zur Beurteilung eines Kunstwerkes zu finden.

d) Die Individualität

Im Bestreben, die Definition des Kunstwerks möglichst unabhängig von ästhetischen Gesichtspunkten zu machen und objektive Massstäbe zur Bewertung zu gewinnen, verwendet das Urheberrecht den Begriff der Individualität. Individuell ist ein Werk, das vom Künstler geschaffen ist, das seine Entstehung der Person des Künstlers verdankt. Dadurch, dass der Autor etwas Neues geschaffen hat, was vorher noch nicht bestand, hat er eine schützenswerte, individuelle Leistung vollbracht [40]. Es spielt keine Rolle, ob hohe oder niedere Kunst entsteht oder ob das Werk einen allgemein gültigen Gehalt enthält; geschützt ist einzig der individuelle Beitrag ohne Rücksicht auf den künstlerischen Rang. Das Bundesgericht hat sich in 59 II 405 dieser Auslegung angeschlossen: "Dagegen ist zu betonen, dass an das Mass der geistigen Tätigkeit keine hohen Anforderungen gestellt werden, sondern dass schon beim Vorliegen eines äusserst geringen Grades von selbständiger Tätigkeit der urheberrechtliche Schutz gewährt wird, der einer blossen Kopie versagt bleibt." Nicht schöpferisch ist daher eine getreue Nachbildung oder Ausführung eines Werkes nach einer Anleitung, bei der jede individuelle Prägung ausgeschlossen ist. Konsequentes Festhalten an der Individualität als einziges Merkmal heisst andererseits, dass z.B. auch Werbetexte zu schützen sind, sofern sie individuell gestaltet sind, obwohl solche Erzeugnisse nicht ohne weiteres in Zusammenhang mit Kunst gebracht werden können [41].

---

39) Ulmer, a.a.O., S. 116
40) Kummer, a.a.O., S. 30 ff., Troller, a.a.O., S. 448
41) Troller, a.a.O., S. 473

Schwierigkeiten ergeben sich bei der Abgrenzung der bildenden Kunst gegenüber den Mustern und Modellen. Das Gesetz bezieht auch die Werke der bildenden Kunst, wozu auch der weite Bereich des Kunstgewerbes gehört, in den Schutz ein, so dass der Jurist gezwungen ist zwischen Muster- und Urheberschutz zu unterscheiden. In solchen Fällen hat sich das Bundesgericht nicht mit dem Kriterium der Individualität begnügt, sondern zusätzlich eine bestimmte Qualitätshöhe von der kunstgewerblichen Schöpfung verlangt. So spricht es bei einem Besteckmodell von einer "durch bewusst einfache Gestaltung erzielte ästhetische Wirkung. Originalität, wie sie für ein Kunstwerk vorliegen muss, eignet ihm indessen nicht." Es handle sich um eine "weitgehend durch den Gebrauchszweck bedingte und ornamental naheliegende Formgebung im Rahmen des handwerklich Erreichbaren." (75 II 363). Der Sinn des Urheberrechts besteht jedoch nicht darin, den begabten Künstler und Kunsthandwerker für sein Werk zu belohnen, Geschützt sein soll die individuelle Leistung an sich; deshalb kann ein künstlerisch wenig wertvolles Werk dem Urheberrecht unterstellt werden, während ein technisch perfektes Werk bloss unter den Musterschutz fällt [42]. Es spielt keine Rolle, wie das Werk bei den für Kunst empfänglichen Kreisen eingeschätzt wird [43]. Auch die Zweckbestimmung ist kein relevantes Unterscheidungsmerkmal zwischen Kunstwerk einerseits und Muster und Modell andererseits; auch eine kunstgewerbliche Form kann einem Zweck dienen, während der Musterschutz Werke umfasst, bei denen neben dem Gebrauchszweck noch Spielraum für eine ästhetische Gestaltung bleibt [44]. Nicht massgebend ist, wie sich Gebrauchszweck und ästhetische Formung zueinander verhalten [45].

Im Rahmen dieser Arbeit soll nicht weiter auf die Unterscheidung von Mustern und Modellen einerseits und kunstgewerblichen Werken andererseits eingegangen werden. Fest steht, dass es zur Trennung keine objektiven Richtlinien gibt. Eine künstlerische Gestaltung kann in beiden Gattungen zum Ausdruck kommen.

---

42) MMG Art. 2: Eingewerbliches Muster oder Modell im Sinne des Gesetzes ist eine äussere Formgebung, auch in Verbindung mit Farben, die bei der gewerblichen Herstellung eines Gegenstandes als Vorbild dienen soll.

43) Ulmer, a.a.O., S. 128

44) Man unterscheidet zwischen Gebrauchs- und Geschmacksmuster. Gebrauchsmuster sind Gegenstände, deren Form durch den Gebrauch bestimmt ist, während beim Geschmacksmuster die Form ästhetisch bedingt ist (vgl. Troller, a.a.O., S. 520). Unter das MMG fallen bloss Geschmacksmuster (Troller, a.a.O., S. 520 ff.)

45) Ulmer, a.a.O., S. 128

Wenn das Bundesgericht daran festhält, dass für das Kunstgewerbe neben der Individualität noch eine besondere künstlerische Werthöhe erforderlich ist, während bei andern Kunstwerken wie z.B. beim künstlerisch minderwertigen Roman oder Gemälde die Individualität für sich genügend ist, so geniessen die kunstgewerblichen Werke einen viel geringeren Schutz. Konsequenterweise müsste auch hier die individuelle Schöpfung genügen [46]. Wie bereits dargelegt wurde, ist die Bestimmung der Qualität eines Kunstwerks zudem eine durchaus subjektive Angelegenheit, die immer zu fragwürdigen Entscheiden führt.

Angesichts der Entwicklung der modernen Kunst scheint auch der Begriff der Individualität einer neuen Auslegung zu bedürfen. Kummer weist auf das Problem hin, ob nicht auch von Apparaten mit Aleatorik (d.h. wo der Apparat selbst eine gewisse Auswahl trifft und etwas Unvorhergesehenes, Neues schafft wie z.B. ein Komponierapparat) geschaffene Werke dem Urheberrecht zu unterstellen sind und nach dem Willen des Herausgebers als Kunstwerke zu gelten haben [47]. Menschliche und maschinelle Individualität müssten also auf dieselbe Stufe gestellt werden, weil sich ihre Produkte nicht voneinander unterscheiden.

III. Versuch einer eigenen Begriffsbestimmung

1. Zum Begriff der Auslegung im allgemeinen

Die Auslegung einer Rechtsnorm ist nicht bloss eine Erläuterung des Wortlauts, sondern darüber hinaus eine rechtsschöpferische Aufgabe, indem der Richter der Norm denjenigen Sinn geben muss, der ihr als vernünftiger und gerechter Ausgleich zukommt.

Die Deutung des Wortsinns bildet nur den Ausgangspunkt der Konkretisierung, ist doch die sprachliche Fassung oft nur ein unvollkommener Ausdruck des Sinnes der Norm. Die Konkretisierung der Grundrechte kann nicht nach den Regeln der im Privatrecht ausgebildeten Hermeneutik vorgenommen werden. Die Grund-

---

46) Troller, a.a.O., S. 486
47) Kummer, a.a.O., S. 170 ff., insbes. 187

rechtskataloge haben nicht das Wesen einer abgeschlossenen, systematischen Gesetzeskodifikation, aus der ihr Sinn abgeleitet werden könnte. Die Grundrechte sind vielmehr weiträumige Rechtsgrundsätze; ihre Konkretisierung geht über eine Textauslegung hinaus [48]. Es geht daher nicht an, bei der Konkretisierung einer Grundrechtsnorm von der Mehrdeutigkeit eines Wortes auszugehen. Der Begriff der "Kunst" im Verfassungsrecht z.B. kann eine grundsätzlich andere Bedeutung erhalten als in einem Gesetz. Dem Verfassungsrichter geht es nicht in erster Linie darum, den Begriff der Kunst begrifflich festzulegen, sondern er muss das Wesen und die Funktion der Kunstfreiheit bestimmen.

2. Probleme der Kunstdefinition

Ausgangspunkt der Betrachtungen möge die u.a. auch vom Bundesverwaltungsgericht dem "Brockhaus" entlehnte Formel: "Kunst=Gestaltung eines geistig-seelischen Gehalts durch eigenwertige Form nach bestimmten Gesetzen" sein. Während gewisse Autoren (z.B. Stein) ihr vorwerfen, dass sie den Hauptpunkt, den jede Kunstdefinition enthalten sollte, nämlich die schöpferische Gestaltung, nicht berücksichtige, hat das Bundesverwaltungsgericht festgestellt, dass gerade diese Formel eine schöpferische Leistung verlange [49]. Im übrigen lässt das Gericht auch die von Emrich gewählte Umschreibung der Kunstwerke als "Werke, die durch ihren Bedeutungsreichtum ihre Zeit überdauern" gelten [50]. Entscheidend ist nach ihm, dass bloss echte Kunst in den Schutz von Art. 5 Abs. 3 einbezogen wird, doch bleibt es den genauen Nachweis schuldig, wie die genannte Formeln, die verschiedene Deutungsmöglichkeiten offen lassen, anzuwenden sind. Soll diese echte Kunst vorliegen, wenn nach den im Leben herrschenden Massstäben das Werk als Kunst gilt? Diese schon im Urheberrecht kritisch beleuchtete Begriffsbestimmung kann auch im Verfassungsrecht nicht gelten, würde doch auf diese Weise gerade ein Schutz des individuellen, vielleicht ungewöhnlichen Beitrags, der noch keine allgemeine Anerkennung gefunden hat, verunmöglicht [51]. Nach Knies darf der Staat sich überhaupt nicht anmassen, die Kunst

---

48) Huber Hans, Ueber die Konkretisierung der Grundrechte, in Gedenkschrift für Max Imboden, S. 191 ff.
49) BVerGE 23, S. 107
50) Kritisch zu Emrich: Knies, a.a.O., S. 156
51) Knies, a.a.O., S. 160

zu definieren; denn dadurch dass er selbst den Rahmen der gewährten Freiheit bestimmt, würde er diese Freiheit wieder zunichte machen [52]. Jede künstlerische Aeusserung, ungeachtet ihrer Qualität, geniesse denselben verfassungsrechtlichen Schutz und unterliege denselben Schranken. Nach Friedrich Müller [53] ist der Normbereich der Kunst ähnlich wie der Normbereich des Glaubens, der Familie etc. zum grossen Teil nicht durch das Recht erzeugt, sondern wird durch dieses als schon bestehender Begriff vorgefunden. Garantie der Kunstfreiheit bedeutet Garantie, dass der Staat diesen Bereich "frei" lässt, ihn nicht inhaltlich ausprägt. Dazu kommt, dass jede ästhetische Wertung notwendigerweise unsicher ist und daher keine festen Grundsätze zur Beurteilung von Kunstwerken aufgestellt werden können [54].

Dieser Betrachtungsweise ist grundsätzlich zuzustimmen, doch bleibt es letztlich dem Staat überlassen, wo er die unterste Grenze ziehen will. Gleich wie bei der Meinungsäusserungsfreiheit soll auch bei der Kunstfreiheit jede noch so belanglose Aeusserung auf dem Gebiete der Kunst unter den Schutz der Kunstfreiheit fallen. Künstlerisch in diesem Sinne ist jedes Werk, welches der freien Entfaltung der Persönlichkeit auf dem Gebiete der Kunst Ausdruck gibt. Wo allerdings dieser minimale Bezug zum Individuum fehlt, kann nicht mehr von Kunst gesprochen werden. Nicht unter den Begriff fallen Werke, welche bloss statistisch einmalig sind oder welche überhaupt keine individuelle Leistung sichtbar werden lassen. Es fällt schwer, sich mit diesem "inhalts- und qualitätslosen" Kunstbegriff zu befreunden, doch ist er aus dem Bemühen entstanden, den Staat nicht in ein Kunstrichteramt zu drängen. Ganz gelungen ist dies freilich nicht, denn letztlich ist es doch die staatliche Autorität, welche die unterste Grenze bestimmt.

Das Problem der Kunstdefinition ist damit nicht endgültig gelöst. Immer wenn die Kunst mit andern Werten in Konflikt gerät, stellt sich die Frage nach dem künstlerischen Wert von neuem

---

52) Knies, a.a.O., S. 221. Bloss wenn der Staat als Kunstförderer auftritt, darf er nach Knies eine qualitative Auswahl treffen, weil er in diesem Fall nicht über den Umfang der Freiheit, sondern über die Förderungswürdigkeit entscheide (a.a.O., S. 276).
53) Müller Friedrich, Freiheit der Kunst, S. 51/52
54) Müller Friedrich, a.a.O., S. 83

§4 DER INSTITUTIONELLE GEHALT DER KUNSTFREIHEITSGARANTIE

I. Die Bedeutung der sprachlichen Fassung

Wenn auch die Gewährleistung von geschriebenen und ungeschriebenen Grundrechten heute zu den allgemein anerkannten Forderungen des materiellen Rechtsstaats gehört, so erscheint doch die Aufnahme eines umfassenden Grundrechtskatalogs in die Verfassung nicht als überflüssig. Einmal sollen die Grundrechte als beständige, vor- und überstaatliche Rechte immer wieder neu in das Bewusstsein des Bürgers eindringen. Durch die schriftliche Fixierung sollen zudem die Grenzen der staatlichen Macht gegenüber der individuellen Freiheit klar und eindeutig gesteckt werden [1].

In welcher sprachlichen Form die Garantien abzufassen sind, ist indessen selten behandelt worden, weil die Grundrechte nicht gewöhnliche, exakt formulierte Rechtssätze sind, sondern den Charakter von weiträumigen, unbestimmt klingenden Rechtsgrundsätzen haben [2]. Die Konkretisierung der Grundrechte erschöpft sich nicht in einer Auslegung des Wortlauts, sondern ist selbst eine schöpferische Tätigkeit, eine Sinngebung, die sich an den hinter den Grundrechten stehenden ideengeschichtlichen Zusammenhängen zu orientieren hat [3]. Trotz der relativen Unwichtigkeit der sprachlichen Formulierung hat Dietze versucht, Grundsätze aufzustellen für eine möglichst aussagekräftige Fassung der Grundrechte. Nach ihm sind es vor allem zwei Postulate, die erfüllt werden müssen: Grundrechte richten sich nicht in erster Linie an Juristen; sie sollen daher volkstümlich formuliert werden. Andererseits ist die individuelle Freiheit bloss geschützt, wenn die Garantie präzis gefasst ist [4].

Eine Formulierung der Kunstfreiheit, die diesen Anforderungen gerecht wird, muss nach ihm lauten: "Kunst (und Wissenschaft) sowie ihre Lehre sind frei" [5]. Sie sage aus, dass sowohl das künstlerische Schaffen wie die Verbreitung geschützt seien und betone zugleich die "Erhabenheit" der Kunst gegenüber dem Staat. Die allgemein übliche, objektive Fassung der Garantie drängt indessen

---

1) Dietze, Formulierung der Grundrechte, S. 23 ff.
2) Huber Hans, Verfassungsbeschwerde, S. 18
3) Huber Hand, a.a.O., S. 18
4) Dietze, a.a.O., S. 29
5) Dietze, a.a.O., S. 85 ff.

zuallererst die Frage auf, ob die Kunstfreiheit überhaupt eine individuelle Berechtigung enthält, oder ob es sich um eine blosse Anweisung an den Gesetzgeber handelt, der Kunst innerhalb der Gesetze die grösstmögliche Schonung zukommen zu lassen, also eigentlich um eine Wiederholung des Grundsatzes von der Gesetzmässigkeit der Verwaltung. Der Begriff der Kunst setzt jedoch eine individuelle Betätigung in diesem Bereich voraus, so dass die Kunstfreiheit notwendigerweise eine Individualberechtigung mitumfasst [6]. Das Fehlen eines Rechtsträgers kann nicht zwingend so gedeutet werden, dass dadurch die Kunstfreiheit als institutionelle Garantie zu verstehen sei [7]. Die Bedeutung der sprachlichen Fassung erschöpft sich in einer Andeutung, in einer Akzentsetzung; sie liefert bloss ein erstes Element zur materiellen Begründung [8].

II. Die materielle Begründung der Institution

Sachlich lässt sich die institutionelle Seite der Kunstfreiheit dadurch begründen, dass die Verbürgung nicht bloss die Interessen des Einzelnen, des Künstlers, sondern auch die Interessen der Kunst an sich schützt.

Die Kommentatoren der Weimarerverfassung und des Grundgesetzes anerkennen ausnahmslos den institutionellen Charakter der Kunstfreiheitsgarantie, weisen indessen darauf hin, dass es sich nicht um eine Institution im gewöhnlichen Sinn des Staatsrechts handeln kann. Kitzinger vertritt die Ansicht, dass sich die künstlerischen Aeusserungen gerade dadurch von der Meinungsfreiheit abheben, dass sie in erster Linie als Institutionen, im Sinne von kulturellen Werten zu schützen seien [9]. Auch Ridder betont die institutionelle Komponente der Kunstfreiheit, ohne darin allerdings eine rechtliche, vollziehbare Verpflichtung des Staates zu sehen [10].

---

6) Ropertz, Kunstfreiheitsgarantie, S. 90
In Deutschland lässt sich die Grundrechtsqualität auch aus Art. 1 Abs. 3 GG ableiten.
7) Knies, Schranken der Kunstfreiheit, S. 183
8) Schneider, Meinungsfreiheit, S. 112 (hier für die Pressefreiheit)
9) Kitzinger, a.a.O., S. 457
10) Ridder, Meinungsfreiheit, S. 268

Nach Hesse sind in den Grundrechten oft verschiedene Bedeutungsschichten, die sich nicht scharf voneinander trennen lassen, verbunden; bei der Kunstfreiheit unterscheidet er die individuelle Garantie und die Garantie der Erhaltung des nichtstaatlichen Lebensbereiches "Kunst" [11]. Nach Erbel muss eine Auslegung von Art. 5 Abs. 3 GG vor allem die Lage der Kunst während des Nationalsozialismus berücksichtigen, weil bloss auf diese Weise der Gehalt erkannt werden kann, den die Verfassungsgeber der Norm beimessen wollten [12]. Das Hitlerregime beschränkte sich nicht auf die Verfogung von einzelnen Künstlern, sondern es unterstellte als totalitäre Staatsform den gesamten Bereich der Kunst seiner Befehlsgewalt. Durch Ausschaltung der staatsfeindlichen Kunst und Förderung der Kunst, die sich als Instrument zur Verwirklichung seiner Ziele missbrauchen liess, verschaffte sich der Staat das Monopol in allen künstlerischen Belangen. Ein wirksamer Schutz der Kunst ist daher erst gegeben, wenn der Staat sich nicht die Lenkung und Organisation des Kunstlebens anmasst [13]. Nach Ropertz deuten die sachlogischen Strukturen, d.h. "die Voraussetzungen für eine sinnvolle Gewährung der Kunstfreiheit", darauf hin, dass der Kunst als Gesamtkomplex Schutz zukommt. Stein sieht die Eigenart der Kunstfreiheit darin, dass diese nicht wie die Meinungsfreiheit auf den Schutz eines individuellen Werturteils ausgerichtet ist, sondern auf den Schutz der Kunst als besondere, objektivierte Ausdrucksform des menschlichen Geistes [14].

In der schweizerischen Doktrin, wo die Kunstfreiheit bloss als Bestandteil einer umfassenden Meinungsäusserungsfreiheit angesehen wird, ist das Problem nie aufgeworfen worden, ob die Garantie neben dem individuellen auch einen institutionellen Charakter aufweise. Als Grundrechte mit Doppelfunktion sind in der Schweiz bloss die Ehefreiheit und die Eigentumsfreiheit [15], in gewisser Hinsicht auch die Handels- und Gewerbefreiheit und die Pressefreiheit anerkannt. Wenn wir auch nicht die Auswirkungen der Kunstdiktatur während des Dritten Reiches erlebt haben, so stellt sich doch auch hier die Frage, ob ein Schutz des Künstlers in seiner individuellen Entfaltung genügt, oder ob nicht irgendwie die Sache der Kunst an sich, die ähnlich wie die Presse einen ausgedehnten,

---

11) Erbel, Kunstfreiheit, S. 65
12) Erbel, Kunstfreiheit, S. 79
13) Ropertz, a.a.O., S. 90
14) Stein, a.a.O., S. 722
15) Huber Hans, Die Grundrechte in der Schweiz, S. 195

vielfältigen Bereich des gesellschaftlichen Lebens umfasst, in den grundrechtlichen Schutz einbezogen werden könnte. Von der Schöpfung des Kunstwerks bis zu seiner Aufnahme durch das Publikum gibt es unzählige Zwischenstufen, bei denen der Staat regelnd oder beschränkend eingreifen kann (z.B. Filmrecht, Theaterrecht). Ein Schutz vor Abschaffung, wie ihn z.B. die Eigentumsfreiheit gewährleistet, ist bei der Kunst wenig sinnvoll; denn eine vollständige Unterdrückung der Kunstschöpfung kann der Staat mit seinen formalen Mitteln nicht erreichen, höchstens kann er die Wirkung der Kunst im sozialen Raum beschränken und beeinträchtigen. Kann am Ende der Begriff der Institution für die Kunst gar nicht nutzbar gemacht werden, weil der institutionelle Gehalt der Kunstfreiheit sich in Programmsätzen erschöpft, die dem Staat eine bestimmte Haltung gegenüber der Kunst nahelegen, ohne dass er dazu rechtlich verpflichtet wäre? Diese Frage kann erst beantwortet werden, wenn der Begriff der Institution näher bestimmt worden ist.

III. Die Kunstfreiheit als Institution sui generis?

1. Der Begriff der Institution

Als institutionell wird eine Garantie bezeichnet, die den Bestand einer Rechtseinrichtung, eines Normenkomplexes, sicherstellt [16]. Nach Schmitt besteht zwischen dem individuellen Freiheitsrecht und der institutionellen Garantie nicht bloss ein gradueller, sondern ein struktureller Unterschied, weil die individuellen Freiheitsrechte, als vor- und überstaatliche Rechte dem Recht vorgegeben sind, während die Institutionen durch das Recht geformte Einrichtungen sind [17]. Die heute herrschende Lehrmeinung hat erkannt, dass auch die Institutionen nicht erst durch das Recht geschaffen werden, sondern dass sie vom Recht vorgefundene, in der gesellschaftlichen Wirklichkeit existierende Formen sind [18]. Individualrecht und Institution sind einander zugeordnet, und Elemente von bei-

16) Abel, Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungsgarantien, S. 46
Auf die Unterteilung in institutionelle Garantie (Schutz öffentlich-rechtlicher Einrichtungen) und Institutsgarantie (Schutz privatrechtlicher Einrichtungen) wird hier verzichtet.
17) Schmitt, Verfassungslehre, S. 170 ff.
18) Scheuner Ulrich, Die inst. Garantien des Grundgesetzes, S. 88,
Bloch, Der Doppelcharakter, S. 19

den können in demselben Grundrecht vereinigt sein, wenn auch bei der Institution der naturrechtliche Bezug auf die Menschenwürde nicht so stark ist wie beim Individualrecht [19]. Die individualrechtliche und die institutionelle Komponente stehen gleichrangig nebeneinander und intensivieren den Gehalt des Grundrechts [20]. Ob die Betonung mehr auf der individuellen Berechtigung oder auf dem Schutz der Institution als solche liegt, muss von Fall zu Fall entschieden werden [21]. Beim Eigentum steht sicher die Garantie des Eigentums als Rechtsinstitut im Vordergrund, während bei der Pressefreiheit, trotz ihrer öffentlichen Aufgabe das, Schwergewicht auf der individualrechtlichen Seite liegt.

Auch bei der Kunstfreiheit steht die individuelle Schöpfung im Vordergrund, wenn auch eine besondere Berücksichtigung der Kunst an sich meist aus ihrem kulturellen Wert abgeleitet wird. Noch nicht geklärt ist die Frage, wie dogmatisch die institutionelle Bedeutung der Kunstfreiheit begründet werden kann, weil die Kunst offensichtlich nicht als Einrichtung im staatsrechtlichen Sinn, als Normenkomplex bezeichnet werden kann. Der Besonderheit der Kunst scheint Klein entgegenzukommen, der zu den Institutionen nicht bloss die rechtlichen, sondern auch die natürlichen Einrichtungen, die sog. gesellschaftlichen Sachverhalte, zählt [22]. Allein, diese Ausdehnung des Institutsbegriffs ist problematisch; denn das Recht kann nicht einen Seinbereich, wie die Kunst an sich garantieren, es kann höchstens durch Normen die freie Bildung und Entwicklung der Kunst ermöglichen [23]. Durch die Einbeziehung der Kunst als gesellschaftlicher Sachverhalt wäre zu befürchten, dass das Recht sich intensiver mit der Kunst befassen würde, dass der Kunstbereich verrechtlicht würde, obwohl der Sinn der Verfassungsgarantie gerade darin liegt, die Kunst von einer rechtlichen Normierung freizuhalten [24].

---

19) Müller, Grundrechte und Persönlichkeitsschutz, S. 184
20) Häberle, Wesensgehaltsgarantie, S. 92 ff.
21) Huber Hans, Die Grundrechte in der Schweiz, S. 196
22) von Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Vorbem. A VI 3
23) Erbel, a.a.O., S. 85
24) Abel, a.a.O., S. 33

2. Die funktionale Bedeutung

Ausgangspunkt zur Bestimmung der erweiterten, überindividuellen Wirkung der Kunstfreiheit muss nicht die formale Definition der Institution sein, sondern die Festlegung der Funktion der Kunst im gesellschaftlichen Leben. So wie die Handels- und Gewerbefreiheit für das Wirtschaftsleben das Prinzip des freien Wettbewerbs verankert, so ist die Kunstfreiheit für das Kunstleben "eine wertentscheidende Grundsatznorm, die in Abkehr von einer staatlich, verordneten, parteilich zugelassenen oder von irgendeiner öffentlichen Gewalt bevormundeten Kunst sich zur Eigenständigkeit der Kunst bekennt"[25].

Es stellt sich nun die Frage, welches Verhalten dem Staat gegenüber der Kunst durch diesen Verfassungsauftrag vorgeschrieben wird [26]. Mit der Anerkennung der Kunstfreiheitsgarantie verpflichtet sich der Staat, die Kunst als eigengesetzlichen, der staatlichen Herrschaft grundsätzlich entzogenen Lebensbereich zu betrachten. Kunst, in diesem Sinn bedeutet nicht bloss das Ergebnis aller individuellen künstlerischen Tätigkeiten, sondern ist gleichzusetzen mit dem gesamten Kunstleben. Der Staat darf sich nicht anmassen zu bestimmen, was er unter Kunst versteht. Das künstlerische Schaffen gehört zu den persönlichen Bereichen des Individuums, über die der Staat keinen Einfluss ausüben kann. Wie ungenügend der Schutz der individuellen künstlerischen Tätigkeit ist, hat die Kunstdiktatur des Nationalsozialismus gezeigt. Die Anerkennung der funktionalen Seite der Kunstfreiheit bedeutet die Abkehr vom Kunstverständnis des totalitären Staates, der den Bereich der Kunst wie alle andern Lebensbereiche der staatlichen Gewalt unterwirft und seinen Zwecken dienstbar macht. Das unbewusste künstlerische Schaffen darf nicht ersetzt werden durch zielgerichtetes Wirken im Dienste der staatlichen Propaganda. Wert und Unwert der Kunst sollen nicht von staatlicher Approbation abhängen. Der Nationalsozialismus hat ein Musterbeispiel dafür geliefert, dass die Einstufung der Kunst nach gut und schlecht durch staatliche Stellen zu einer Vergewaltigung der Kunst führt.

---

25) Stein, a.a.O., S. 522

26) Maunz, Die kulturelle Sicherheit des Bürgers, in Staat und Bürger, Festschrift für Willibald Appelt, S. 114. Maunz setzt sich für eine kulturelle Sicherheit, analog der sozialen Sicherheit der Bürger, ein. Zur Verwirklichung genügen nach ihm die Formen des Individualrechts und der Institution nicht, sondern es müssen neue Formen eingeführt werden wie z.B. die Drittwirkung, die Herausschälung eines objektiven Gehalts.

Die Kunstfreiheitsgarantie verpflichtet den Staat, die Kunst als autonomen Sachbereich grundsätzlich von staatlicher Reglementierung freizuhalten. Die Anerkennung der Freiheit der Kunst bedeutet indessen nicht, dass der Staat die Kunst bloss den allgemeinen polizeilichen Schranken unterwerfen darf und im übrigen den künstlerischen Bereich überhaupt unbeachtet lassen soll. Dass sich Staat und Kunst als absolute Antagonismen gegenüberstehen, ist nur als Idealtypus denkbar. Kein Staat kann sich gänzlich wertneutral verhalten zur Kultur im allgemeinen und zur Kunst im besonderen. Eine erste Abhängigkeit besteht schon darin, dass auch der frei schaffende Geist auf die rechtliche Ordnung angewiesen ist, die ihm der Staat zur Verfügung stellt [27]. So gewährt z.B. das Urheberrecht dem Künstler Schutz gegen Nachahmung seines Werkes, und das Obligationenrecht steht ihm bei der wirtschaftlichen Verwertung seiner Werke zur Verfügung. Ueber diese Abhängigkeit hinaus sind die beiden Lebensbezirke noch in mannigfacher Weise miteinander verbunden. Der Staat kann durch seine Rechtsordnung in die verschiedensten Belange des Kunstlebens eingreifen und eine Art Lenkung betreiben. Wie wichtig für das Kunstleben ist doch schon die Organisation der Theater, die Zulassung von künstlerischen Werken zu den Massenmedien, die Art und Weise der Verteilung der Subventionen. Der funktionale Gehalt der Kunstfreiheitsgarantie soll gerade auch in diesen Fällen zu einem lückenlosen Schutz der Kunst führen [28]. Der Staat muss sich auch solcher Massnahmen enthalten, die bloss mittelbar auf das Kunstleben, das einen vielfältigen, mehrstufigen Prozess bildet, Einfluss nehmen [29].

Dass der Staat weder unmittelbar noch mittelbar reglementierend in das Kunstleben eingreifen darf, bedeutet indessen nicht, dass er nicht um eine positive Förderung der Kunst bemüht sein darf und soll. Die Weimarerverfassung hatte der Wissenschaft und der Kunst eine besondere Förderung verheissen. Ein solcher Auftrag an den Staat fehlt heute in den meisten Verfassungen, so auch in der schweizerischen Bundesverfassung, doch mit der Anerkennung der Kunstfreiheit hat der Staat nach unbestrittener Auffassung auch die Pflicht übernommen, der Kunst als kulturellem Wert zu der ihr in der Gesellschaft zukommenden Stellung zu verhelfen. In welcher Weise der Staat diesem Auftrag nachkommt,

---

27) Burckhardt Walter, Staatliche Autorität und geistige Freiheit, S. 13, Ruck, Schweiz. Verwaltungsrecht, 2. Bd., S. 21
28) Erbel, a.a.O., S. 100
29) Ridder, Freiheit der Kunst, S. 20

ist weitgehend eine Ermessensfrage, die auf Grund der Kunstfreiheit immer wieder neu entschieden werden muss [30]. Staat und Kunst sind heute nicht mehr gegeneinander gerichtete Potenzen [31]. Die Kunst ist in hohem Masse auf den Staat und seine finanziellen Leistungen angewiesen, während der moderne Rechtsstaat die Unterstützung und Achtung von kulturellen Werten als selbstverständlich ansieht. Fördern kann der Staat die Kunst vor allem dadurch, dass er den Künstler durch Ausrichtung von Subventionen und Stipendien materiell möglichst unabhängig stellt. Die Kunstfreiheit darf indessen nicht als soziales Grundrecht betrachtet werden, auf Grund dessen dem Künstler zum Beispiel ein Anspruch auf Entrichtung eines Stipendiums zusteht [32]. Die Möglichkeiten des Staates im Bereiche der Kunst sind zumeist formaler Natur. Der Staat kann bloss die Normen setzen, die er zur Förderung der Kunst als notwendig erachtet. Eine Einflussnahme auf die geistigen Wirkungen der Kunst scheint heute nicht mehr aktuell und möglich, trotzdem darf die Gefahr nicht verkannt werden, die der Kunst vom Staat als Mäzen erwachsen. Wenn der Staat sich positiv für die Kunst einsetzt, hat er auch die Möglichkeit, auf Art und Inhalt der zu fördernden Kunst Einfluss zu nehmen. Dies könnte letztlich zu einer Art Kulturinterventionismus führen, der empfindlich in das Wesen der Kunst eingreifen und nicht ertragen würde. Auf der andern Seite kann man von einem Staat, der die Kunst unterstützt, nicht verlangen, dass er sich absolut wertneutral zur Kunst verhält; denn er muss irgendwie entscheiden, welche Kunst er als förderungswürdig ansieht. Durch die Kunstfreiheit ist er indessen bei der Bewertung an gewisse Richtlinien gebunden. Er darf wohl zwischen Kunst und Nichtkunst entscheiden, doch eine Bewertung der verschiedenen Kunstrichtungen liegt nicht mehr in seinem Kompetenzbereich [33]. Er hat die Pluralität der Werte, wie sie heute im Kunstleben herrscht, zu anerkennen und grundsätzlich allen Strömungen die gleiche Förderung zukommen zu lassen [34]. Bei Entscheidungen

---

30) Nach Abel (a.a.O., S. 113) können aus dem Begriff des Kulturstaates keine Rechte des Bürgers, sondern bloss Aufgaben des Staates abgeleitet werden. Zudem werden diese Aufgaben nicht als rechtlich erzwingbar, sondern bloss als politisches Programm verstanden.

31) Schmit Karl, Von den Schwierigkeiten des modernen Staates mit der Kunst, NZZ Nr. 533, 1968

32) Zbl 1958 59. Jg., S. 572

33) Ridder, a.a.O., S. 23

34) Zbl. 1958 59. Jg., S. 572-3 (Es handelte sich um die Gewährung von Kunststipendien): "Dabei sind dem Ermessen der aus Sachverständigen zusammengesetzten Kommissionen besonders weite Grenzen hinsichtlich der künstlerischen Qualifizierung der Werke des Gesuchstellers gesetzt .. wir leben in einer Zeit, da es kaum allgemein gültige künstlerische Wertmassstäbe mehr gibt."

über Kunstfragen sind auch Fachexperten, deren Auswahl indessen neue Schwierigkeiten bietet, beizuziehen. Die Autonomie der Kunst darf nicht bei der finanziellen Unterstützung wieder untergraben werden, indem man z.B. die Subvention abhängig macht von einer bestimmten Organisation eines Theaters oder eines andern Kulturträgers. Die Kunst als Sachgebiet verdient eine ebenso grosse Selbständigkeit wie die Wissenschaft, wenn auch ihr Wert vom Staat und von der Gesellschaft her oft als geringer eingeschätzt wird, weil sie für die Allgemeinheit weniger nützlich erscheint. Gerade weil die Kunst in so hohem Masse auf die staatliche Hilfe angewiesen ist, ist die Gefahr, dass der Staat durch die Subventionen lenkend in die Kunst eingreift, gross.

IV. Die Förderung der Kunst in der Schweiz

1. Allgemeines

Aus der Zuständigkeitsordnung der Bundesverfassung lässt sich nicht klar ableiten, in welchen Kompetenzbereich die Kulturpolitik fällt, doch gilt allgemein die Maxime, dass die Kultur eine Domäne der Kantone und Gemeinden geblieben ist, was auch der föderalistischen Struktur unseres Landes entspricht [35]. Der Bund hat diese Kompetenzzuteilung allerdings nie als abschliessend betrachtet, als absolutes Verbot, sich mit kulturellen Angelegenheiten zu befassen. In einzelnen Fällen hat ihm die Bundesverfassung bestimmte kulturelle Aufgaben zugewiesen, so z.B. bei der Ordnung des Filmwesens. Darüber hinaus sind unter dem allgemeinen Titel der Erweiterung der Bundesaufgaben die Befugnisse auf kulturellem Gebiet erweiter worden, allerdings zum grössten Teil nicht auf Kosten der Kantone, sondern mehr im Sinne eines Zusammenwirkens [36]. Der Bund unterstützt die Kunst seit den Anfängen des Bundesstaates [37]. Massgebend für die heutige Ordnung ist der Bundesbeschluss betreffend die Förderung und Hebung der Kunst vom 22.12.1887, der durch den Bundesbeschluss vom 18.6.1898 er-

35) Doka Carl, Finanzielle Beiträge des Bundes an die öffentliche Kulturpflege, in Zbl 52. Jh. 1951, S. 313
36) Tschudi Hanspeter, Kulturelle Aufgaben von Bund, Kantonen und Städten, in Zbl. 1961 62. Jg., S. 483
37) Ruck Erwin, a.a.O., S. 28

gänzt wurde. In den Grundzügen handelt es sich dabei um die Verteilung eines jährlichen Kredites zur Förderung der Kunst, insbesondere durch Veranstaltungen nationaler Kunstausstellungen, Ankauf von Werken zur Ausschmückung von öffentlichen Gebäuden sowie Gewährung von Stipendien an Künstler.

Die Modalitäten der eidgenössischen Kunstpflege werden durch die Verordnung über die eidgenössische Kunstpflege vom 29.9.1924 geregelt. Danach wird der jährliche Kredit durch den Bundesrat auf Antrag des Departements des Innern, dem die vom Bundesrat ernannte eidgenössische Kunstkommission zugeordnet ist, verteilt. Die Kunstkommission, bei deren Bestellung auf eine gleichmässige Vertretung aller Landesteile und aller Kunstrichtungen geachtet wird, hat als Fachkommission vor allem die Aufgabe der Begutachtung sowie der Aufarbeitung von Vorschlägen zur Förderung der Kunst.

Eine analoge Förderung besteht seit 1917 auch für die angewandte Kunst [38]. Nach der heute geltenden Verordnung über die Förderung und Hebung der angewandten Kunst vom 18.9.1933 geschieht dies insbesondere durch die Veranstaltung von Ausstellungen und der Ausrichtung von Stipendien für kunstgewerbliche Berufe.

Mit den Aufgaben der Kulturwerbung im Ausland und der Kulturwahrung und -förderung im Inland ist die Stiftung "Pro Helvetia" betraut worden, die vom Bund jährlich mit einer Subvention von gegenwärtig 4 Mio Fr. gespiesen wird [39]. Art. 2 des BG betreffend die Stiftung "Pro Helvetia" umschreibt die Stiftungstätigkeit folgendermassen:

a) die Erhaltung des schweizerischen Geisteserbes und die Wahrung der kulturellen Eigenart des Landes unter besonderer Berücksichtigung der Volkskultur;
b) die Förderung des schweizerischen kulturellen Schaffens gestützt auf die in den Kantonen sowie in den Sprachgebieten und Kulturkreisen frei wirkenden Kräfte;
c) die Förderung des Austausches kultureller Werte zwischen den Sprachgebieten und Kulturkreisen;

---

38) Ruck, a.a.O., S. 30
39) Die Form der Stiftung wurde gewählt, um nicht den Anschein zu erwecken, dass der Bund die Kulturpflege verstaatlichen wolle. Vgl. Doka, a.a.O., S. 315. Die Stiftung steht unter der Aufsicht des Dep. des Innern und der Oberaufsicht des Bundesrats (Art. 13). Die Bundesvers. wird durch den Geschäftsbericht des BR über die Tätigkeit der Stiftung orientiert (Art. 13 Abs. 4)

d) die Pflege der kulturellen Beziehungen mit dem Ausland, insbesondere durch Werbung um das Verständnis für schweizerisches Gedanken- und Kulturgut.

In Art. 2 Abs. 2 wird festgehalten, dass die Stiftung ihre Aufgaben in Zusammenarbeit mit schon bestehenden kulturellen Institutionen zu lösen hat und bloss subsidiär eigene Aktionen durchführt.

Allgemein werden die Förderungsmassnahmen des Bundes durch zwei Leitsätze begrenz:

- die öffentliche Kulturpflege obliegt in erster Linie den Kantonen
- im Mittelpunkt soll die freie schöpferische Persönlichkeit stehen als Trägerin des geistigen Lebens. Durch staatliche Mittel kann ihre Tätigkeit bloss gehoben und gefördert werden [40].

Andere Domänen des Bundes bei der Kulturpflege sind etwa (z.T.) die Denkmalpflege, der Heimatschutz.

2. Die Förderung der Kunst in der Demokratie

In den vorhergehenden Kapiteln wurde darauf hingewiesen, dass die Kunst einerseits auf eine staatliche Hilfe angewiesen ist, dass dadurch andererseits dem Staat gewisse Lenkungsmittel in die Hand gegeben werden, welche zu einer Beeinträchtigung der künstlerischen Freiheit führen können. In einem als Demokratie organisierten Gemeinwesen wie der Schweiz kommt als weitere Schwierigkeit für die öffentliche Kunstförderung hinzu, dass die Gewährung eines grösseren Kredits nur mit Zustimmung des Volkes erfolgen kann.

Diskussionen und Polemiken um Kunstkredite gehören in der jüngsten Zeit zur Tagesordnung. Zu einer Scheidung der Geister ist es vor allem im Falle der Zürcher Giacometti-Stiftung gekommen. Die unerquicklichen und zum Teil heftig

---

40) BBL 1938 II S. 993 (Botschaft des Bundesrats über die Organisation und die Aufgaben der schweizerischen Kulturwahrung und Kulturwerbung). Erwähnt wurden in diesem Abschnitt bloss die wichtigsten Förderungsmassnahmen des Bundes.
Vgl. dazu Meyer Peter, Testfall des Kunstbetriebs, Zürich, 1965

geführten Polemiken haben gezeigt, wie tief der Graben zwischen der sog. Kunstwelt, die immer eine Minderheit darstellt, und dem Bürger ist, der bei Kunstkrediten, die den üblichen Rahmen sprengen, leicht den Eindruck erhält, dass man sich auf seine Kosten bereichern will. Man darf von ihm sicher kein aktives Interesse an der Kunst erwarten. Die Angelegenheit hat indessen auch gezeigt, dass die Kunstsachverständigen selbst unter sich nicht einig sind, welche Kunstwerke eine Förderung verdienen [41].

41) 1964 war eine Sammlung von Arbeiten des Künstlers Arberto Giacometti für 3 Mio Fr. an ein Konsortium von Zürcher Interessenten gegangen. Die Sammlung sollte für das Zürcher Kunsthaus angekauft werden, wobei Nationalrat sowie die Parlamente des Kantons und der Stadt Zürich je einen Viertel (Fr. 750.000.--), die privaten Initianten das letzte Viertel übernehmen sollten. Der Zürcher Gemeinderat lehnte den Kredit knapp ab.

§5 DRITTWIRKUNG UND PERSOENLICHKEITSRECHT

I. Die Drittwirkung

Drittwirkung im weiten Sinn bedeutet, dass der Wertgehalt der Grundrechte nicht bloss in der traditionellen Richtung zwischen Staat und Individuum, sondern auch im horizontalen Verhältnis zwischen Privaten zur Geltung kommen soll [1].

Bezeichnete man mit Drittwirkung ursprünglich jede Grundrechtswirkung im nichthoheitlichen Bereich, so umfasst der Begriff heute nur noch die Beziehungen zwischen den Grundrechten und dem Privatrecht, insbesondere dem Persönlichkeitsrecht. Die folgenden Ausführungen beziehen sich bloss auf die möglichen Auswirkungen der Grundrechte im Privatrecht, obwohl die Drittwirkung im weiten Sinn sich auch auf die nichthoheitlichen Beziehungen im Polizei- und Strafrecht erstreckt [2].

Für die Erweiterung der Grundrechtswirkung auf das Privatrecht sprechen zwei Gründe. Einmal sind heute neben die staatliche Macht, die früher als einzige Bedroherin der individuellen Freiheit angesehen wurde, private Machtkonzentrationen getreten, denen der Einzelne in ähnlicher Weise unterworfen ist wie der staatlichen Macht [3]. Als Beispiele mögen Wirtschaftsverbände und Kartelle dienen, die die individuelle Entscheidungsfreiheit in empfindlicher Weise beschränken können [4]. Die Macht solcher privater Organisationen ist zudem an keine verfassungsrechtlichen Schranken gebunden wie die Staatsgewalt und kann sich daher für den Einzelnen intensiver und unkontrollierbarer auswirken [5]. Die Tatsache, dass auf einem Lebensgebiet keine hoheitlichen Schranken bestehen, bedeutet nicht, dass die individuelle Freiheit dort ungefährdet ist. Wenn die Freiheitsrechte auf das Verhältnis zwischen Staat und Individuum beschränkt werden, ist der Mensch heute oft dort ohne Schutz, wo seine Freiheit besonders gefährdet ist. Wenn die soziale Wirklichkeit mit den Werten übereinstimmen soll, die durch

---

1) Müller, Grundrechte und Persönlichkeitsschutz, S. 160 ff.
2) Für das Strafrecht; Huber Hans, Bedeutung der Grundrechte, S. 206
Für das Polizeirecht: Müller J.P., a.a.O., S. 192 ff.
3) Müller, a.a.O., S. 161
4) Huber Hans, Bedeutung der Grundrechte, S. 182
5) Huber Hans, a.a.O., S. 182

die Verfassung verkörpert werden, so muss die Wirkung der Grundrechte, wenn auch nicht generell, auf die Beziehungen unter Privaten erweitert werden [6].

Doch ist es nicht bloss die soziale Wirklichkeit, sondern vielmehr noch der Charakter der Grundrechte selbst, der eine Geltung in den andern Rechtsgebieten fordert. Die Gegner der Drittwirkungslehre, die die Staatsgerichtetheit der Grundrechte als konstitutives Merkmal ansehen, verkennen, dass die Beschränkung der Grundrechte auf das hoheitliche Verhältnis nicht wesensbedingt, sondern eine Folge des überspitzten Individualismus des 18. Jh. war [7]. Nach heutiger Auffassung sind die Grundrechte nicht bloss subjektive öffentliche Rechte, die die Beziehungen zwischen Staat und Individuum regeln. Es handelt sich nicht um "individualistische Abgrenzungen von Willenssphären," sondern um eine "Gewährleistung eines bestimmten, wertbezogenen Ordnungsgefüges" [8].

Da die Grundrechte absolute d.h. auf kein Subjekt bezogene Rechte sind, wird die Erweiterung der Geltung auf das gesamte Rechtsgebiet erleichert [9]. Die Grundrechte stehen als in der Verfassung verankerte Rechte nicht bloss formell über der gesamten Rechtsordnung; durch ihren Gehalt geben sie auch materiell oberste Grundsätze für das übrige Rechtssystem ab. Der zentrale Wert, auf den die Grundrechte ausgerichtet sind, nämlich auf die Achtung der Persönlichkeit, muss in allen Rechtsgebieten respektiert werden.

Es bleibt noch die Frage, in welcher Weise die Grundrechte im Privatrecht, von welchem hier allein die Rede sein soll, ihre Wirkung entfalten sollen. In der deutschen Doktrin unterscheidet man zwischen direkter und indirekter Drittwirkung. Nach der Lehre von der direkten Drittwirkung haben einzelne Grundrechte unmittelbar auch für die privatrechtlichen Beziehungen Geltung [10]. Die Anhänger der wohl herrschenden Theorie der indirekten Drittwirkung befürchten, dass durch eine umfassende Ausdehnung des grundrechtlichen Schutzes die Eigenständigkeit und Unabhängigkeit des privatrechtlichen Systems zerstört wird; sie befürworten daher eine Drittwirkung nur an bestimmten Stellen, nämlich bei

---

6) Bäumlin, Rechtsstaatliche Demokratie, S. 62
7) Huber Hans, Bedeutung der Grundrechte, S. 190
8) Müller J.P., a.a.O., S. 163
9) Müller J.P., a.a.O., S. 169
10) Müller J.P., a.a.O., S. 169

der Konkretisierung von Generalklauseln des Privatrechts [11]. Die Anerkennung einer allseitigen Wirkung der Grundrechte bedeutet nicht, dass generell jedes Grundrecht in gleicher Weise sich im Privatrecht manifestieren soll. Es gibt Grundrechte, wie z.B. die Eigentumsfreiheit, die Petitionsfreiheit, wo die Drittwirkung nicht zu einem verstärkten Schutz führen würde [12]. Bei andern, wie z.B. der Meinungsfreiheit, bleibt der Schutz gegenüber dem staatlichen Eingriff das wesentliche [13].

In Bezug auf die Kunstfreiheit werden verschiedene Meinungen vertreten. Während Ropertz eine Drittwirkung bei diesem Grundrecht prinzipiell ablehnt, stellt sich nach Ridder bei der Kunstfreiheit das Problem der Drittwirkung überhaupt nicht, weil diese nie einseitig auf das Verhältnis zwischen Staat und Individuum ausgerichtet gewesen sei, sondern schon ihrer Natur nach zu allseitiger Wirkung berufen sei [14]. Ridder sieht es daher nicht für notwendig an, die Drittwirkung bei der Kunstfreiheit besonders zu begründen, weil die Berücksichtigung des Faktors Kunst im privatrechtlichen Bereich nach ihm über jede noch so weitgespannte Drittwirkung hinausgeht. Erbel hingegen setzt sich auch bei der Kunstfreiheit für eine beschränkte, indirekte Drittwirkung über die Auslegung der Generalklauseln im Privatrecht ein [15].

Unbestritten ist, dass die Interessen der Kunst als Kulturwert in allen Rechtsgebieten, so auch im Privatrecht, mehr oder weniger stark berücksichtigt werden, ohne dass eine dogmatische Begründung von der Drittwirkung der Grundrechte hergeleitet wird. Ganz unabhängig von der Lehre von den Freiheitsrechten überhaupt erscheint die Kunstfreiheit als objektiver Wert. Ob und in welcher Weise die Drittwirkung dennoch zu einer verstärkten und gesicherten Wirkung der Kunst im Privatrecht beitragen kann, wird in den nächsten Kapiteln zu behandeln sein.

---

11) Müller J.P., a.a.O., S. 170, Erbel, a.a.O., S. 213
Auch Autoren, welche die Drittwirkung überhaupt ablehnen, führen als Hauptargument die Zerstörung der privatrechtlichen Eigenständigkeit und die Unterdrückung der Privatautonomie an. Drittwirkung wird als übertriebene Ausdehnung des grundrechtlichen Schutzes angesehen, vgl. für die Schweiz, zB. Wespi, Drittwirkung der Freiheitsrechte, S. 53

12) Huber Hans, Bedeutung der Grundrechte, S. 202

13) Ridder, Kunstfreiheit, S. 4, Ropertz, a.a.O., S. 89

15) Erbel, a.a.O., S. 213 ff.

II. Drittwirkung und Persönlichkeitsrecht

1. Das Persönlichkeitsrecht

Bevor die möglichen Beziehungen zwischen Drittwirkung und Persönlichkeitsrecht erörtert werden, drängt sich ein Ueberblick über das Persönlichkeitsrecht im allgemeinen auf.

Während in Deutschland der Anstoss zur Anerkennung eines privatrechtlichen Persönlichkeitsrechts unmittelbar vom Grundgesetz ausging, - vgl. Art. 1 und 2 GG - ist in der Schweiz unabhängig von der Grundrechtslehre auf Grund von Art. 28 ZGB ein privatrechtliches Persönlichkeitsrecht entwickelt worden [16]. Art. 28 ZGB bringt zum Ausdruck, dass jeder Mensch in seiner Persönlichkeit zu achten ist, oder negativ formuliert, dass jedermann Eingriffe in den Persönlichkeitsbereich eines Dritten zu unterlassen hat [17]. Der Schutz der Persönlichkeit ist indessen nicht auf das Privatrecht beschränkt, sondern manifestiert sich auch im Verwaltungsrecht und im Strafrecht d.h. in der gesamten Rechtsordnung [18]. Das Persönlichkeitsrecht schützt den Menschen unmittelbar, um seiner Individualität willen, nicht bloss als Träger von Rechtsgütern [19]. Art. 28 ZGB ist allgemeinster Ausdruck des Prinzips des Persönlichkeitsschutzes; es stellt die Ausgestaltung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und seine Abgrenzung gegenüber der menschlichen Betätigungsfreiheit dem Richter anheim, der in steter Fortbildung und Konkretisierung des Begriffs der Persönlichkeit ihr den gebührenden Schutz zukommen lässt. Das Gesetz enthält weder eine abschliessende noch eine beispielhafte Aufzählung aller persönlicher Güter, die den Schutz der menschlichen Persönlichkeit ausmachen. Als Einzelgrundrechte, die aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleitet werden können, sind z.B. anerkannt das Recht auf Ehre im zivilrechtlichen Sinn, das Urheberpersönlichkeitsrecht, das Recht auf Intimsphäre, das Recht am eigenen Bild. Das Persönlichkeitsrecht besteht indessen nicht aus der Summe von Einzelrechten; es ist ein unteilbares Ganzes, ein Quellrecht, das für den Richter Massstab

---

16) Müller J.P., a.a.O., S. 32
17) Jäggi, ZSR 1960, Heft 2, S. 167 a
18) Huber Hans, Die Bedeutung der Grundrechte, S. 206
19) Simonius August, Die Persönlichkeitsrechte, in Freiheit des Bürgers im schweiz. Recht, S. 282

und Wertgrundlage zur Aus- und Fortbildung einer unbegrenzten Anzahl von einzelnen Persönlichkeitsrechten bildet [20]. Seine Wurzeln hat das Persönlichkeitsrecht in der Naturrechtslehre der Aufklärung, die zum ersten Male die menschliche Person als Eigenwert anerkannten.

2. Die Beziehungen zwischen den Grundrechten und dem Persönlichkeitsrecht

Dass Beziehungen zwischen den Grundrechten, die die individuelle Freiheit im öffentlich-rechtlichen Bereich gewährleisten, und den Persönlichkeitsrechten, welche dieselbe Rolle in der Privatrechtsordnung übernehmen, bestehen, ist von vielen Autoren erkannt worden. Umstritten ist bloss, inwieweit diese Parallelen praktisch ausgewertet werden dürfen.

Egger, der von der begrifflichen Unabhängigkeit der beiden Rechte ausgeht, sieht die Beziehung zwischen beiden darin, dass eine vom öffentlichen Recht gewährleistete Freiheit auch im privaten Recht anerkannt werden muss. Umgekehrt postuliert er in gleicher Weise einen Schutz der vom Privatrecht geschützten Güter durch das Verfassungsrecht [21]. Nach Grossen können die Grundrechte nicht direkt in den Beziehungen zwischen Privaten angewendet werden, doch müssten sie bei der Auslegung der Persönlichkeitsrechte berücksichtigt werden [22]. Huber hat die Lehre aufgestellt, dass die Persönlichkeitsrechte nichts anderes sind als die Ausgestaltung der Grundrechte mit Drittwirkung. Nach ihm sind z.B. das Individualrecht der Pressefreiheit und die privatrechtliche Pressefreiheit nicht bloss parallele Erscheinungen, sondern sich entsprechende Rechte; in der Form der privaten Pressefreiheit kommt der Wertgehalt des Freiheitsrechts auch im Privatrecht zur Geltung [23]. Ausgangspunkt für diese bahnbrechende Theorie war der Gedanke, dass der von nichtstaatlichen Machtkonzentrationen bedrohten individuellen Freiheit von den Grundrechten, die eine objektive Wertordnung verkörpern, ein verstärkter Schutz zufliessen soll [24]. Müller hat diesen

---

20) Jäggi, a.a.O., S. 169a
21) Egger, Komm. zum ZGB, N 10 zu Art. 28
22) Grossen, ZSR 1960 NF 79, S. 17a
23) Huber Hans, Die Bedeutung der Grundrechte S. 206
24) Huber Hans, a.a.O., S. 206

Gedanken aufgenommen und weiterentwickelt. Nach ihm erschöpft sich die Drittwirkung nicht in der "Inhalterfüllung der Generalklauseln der Persönlichkeitsrechte", sondern die Grundrechte als Verfassungsrechte haben neben dem Schutz der individuellen Rechte auch die Aufgabe, bestimmte Ordnungszusammenhänge, wie z. B. das Prinzip des freien Wettbewerbs zu gewährleisten - bei der Kunstfreiheit kommt nach ihm die Drittwirkung ausser bei der Konkretisierung der Persönlichkeitsrechte auch bei andern wertausfüllungsbedürftigen Generalklauseln des Privatrechts zur Anwendung [25].

III. Die Drittwirkung der Kunstfreiheitsgarantie

Es geht darum zu zeigen, ob der Begriff der Drittwirkung, wie er hier entwickelt wurde, auch sinngemäss Anwendung auf die Kunstfreiheit finden kann.

Eine "Einbruchstelle", wo grundrechtlicher Gehalt in das Privatrecht einfliessen kann, ist z.B. Art. 27 Abs. 2 ZGB, der die Freiheit der vertraglichen Verpflichtung zum Schutze der Persönlichkeit einschränkt.

Ganz allgemein sei vorausgeschickt, dass nicht jede Bindung, die wenn durch hoheitliche Gewalt auferlegt, eine Grundrechtsverletzung bedeuten würde, auch in den privatrechtlichen Beziehungen rechtswidrig ist. Die Freiheit der vertraglichen Bindung besteht auch darin, dass der Einzelne frei ist, sich nicht auf das ihm zustehende Grundrecht zu berufen und einen Vertrag abzuschliessen, der nach übereinstimmendem Willen sein Persönlichkeitsrecht beschneidet. Andererseits ist es dem Individuum verwehrt, ganz allgemein auf die ihm durch die Verfassung gewährleisteten Grundrechte zu verzichten; denn diese sind unveräusserliche, unverzichtbare Rechte. Letzten Endes wird es jedoch vom Berechtigten abhängen, ob er seine Rechte geltend macht oder nicht. Der Schutz gegen ihn selbst ist bloss wirksam, wenn er sich für seine Rechte einsetzt [26].

---

25) Müller J.P., a.a.O., S. 173
26) Huber Hans, Die Bedeutung der Grundrechte, S. 197

Die künstlerische Betätigung ist eine besonders persönlichkeitsnahe Leistung, die auf ein Höchstmass an freiheitlicher Gestaltung angewiesen ist [27]. Kunstschaffen verdankt seine Entstehung einer Reihe von bewussten und unbewussten Faktoren; es lässt sich nicht zum voraus planen oder bestimmen (gewisse extreme Formen der modernen Kunst werden hier nicht berücksichtigt!) Wegen des besondern Charakters der Kunst ist der Künstler berechtigt, für sein Schaffen einen qualifizierten Schutz zu verlangen. Allein, es wäre falsch, daraus den Schluss zu ziehen, dass der Künstler sich überhaupt nicht rechtlich binden könnte. Allerdings bedürfen Rechtsgeschäfte, die künstlerische Leistungen betreffen, einer besondern Behandlung. Denkbar sind Fälle, wo der Besteller (im weitesten Sinn) selbst den Inhalt des Werkes in enger Weise präzisiert oder die Art und Weise der Ausführung bindend vorschreibt, so dass der künstlerischen Initiative kaum mehr Raum gelassen wird. Beispiele dieser Art sind etwa die Verpflichtungen, ein Bild in einem bestimmten Stil zu malen oder einen Roman mit vorgegebenem Inhalt zu schaffen [28].

Werden solche wichtigen Punkte, die eigentlich der künstlerischen Institution überlassen werden müssten, durch den Besteller vorweggenommen, so wird die künstlerische Persönlichkeit stark eingeengt, allerdings mit dem Einverständnis des Künstlers. Mit Erbel ist in solchen Fällen davon auszugehen, dass trotz Drittwirkung der Kunstfreiheit solche Verträge nicht schlechthin nichtig sind. Der Künstler hat auf Grund der Privatautonomie die Möglichkeit, sich in seiner Tätigkeit Pflichten auferlegen zu lassen, die seine Gestaltungsfreiheit in bestimmter Richtung begrenzen. Ein Verstoss gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB würde indessen eindeutig vorliegen, wenn ein solcher Vertrag nicht aus freiem übereinstimmendem Willen abgeschlossen würde, sondern wenn der Besteller dank seiner sozialen Macht den Vertragsinhalt selbst bestimmt. Der Künstler geht in solchen Fällen als wirtschaftlich schwächere Partei Verpflichtungen ein, die er nie auf sich nehmen würde, wenn er in seiner Entscheidungsfreiheit nicht beeinträchtigt wäre.

---

27) Jäggi, a.a.O., S. 204 Anm.. Jäggi führt in seiner Abhandlung über die Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit für Pflichten, die wegen ihres Inhaltes in besonderer Weise auf die geistige und sittliche Individualität des Verpflichteten bezogen sind, den Begriff der Persönlichkeitsnähe ein. Er führt diesen Begriff allerdings nicht speziell für die Pflichten eines Künstlers ein, doch dürfte er darauf analog anwendbar sein.

28) Erbel, a.a.O., S. 217

Hier wären als Beispiele Verträge zu nennen zwischen Theaterunternehmern und künstlerischen Leitern, welche den Letzteren einer Art Privatzensur unterwerfen würden oder solche, wo ein Kinoinhaber (als "Künstler im weitesten Sinn) durch seinen Verband gezwungen würde, Filme zu übernehmen, welche er nicht gesehen hat.

Ob ein Vertrag Bindungen enthält, welche die künstlerische Persönlichkeit verletzen, ist eine Wertungsfrage, die von Fall zu Fall neu entschieden werden muss. Dabei ist gerade bei der Kunstfreiheit zu berücksichtigen, dass die Drittwirkung nicht bloss dem Schutz der künstlerischen Persönlichkeit dient, sondern dass sie daneben ganz allgemein der Freiheit der kulturellen Entwicklung Nachachtung verschaffen soll. Künstlerische Tätigkeit ist nicht bloss als Persönlichkeitsentfaltung, sondern darüber hinaus als Grundlage für die Entwicklung und Fortbildung der Kunst überhaupt zu betrachten.

Nicht bloss beim Abschluss, sondern auch bei der Abwicklung von Verträgen, die das Gebiet der Kunst betreffen, bieten sich besondere Probleme. Es wäre denkbar, dass schon der Gesetzgeber bei den verschiedenen Vertragsarten besondere Regeln für die künstlerische Tätigkeit aufgestellt hätte, die der Eigenart der künstlerischen Leistung Rechnung tragen und so in gewissem Sinne die Drittwirkung vorwegnehmen würden [29].

Das deutsche BGB sieht z.B. in §627 für die geistig höheren Berufe eine jederzeitige Kündigung vor. Art. 361 OR erklärt die Bestimmungen des Dienstvertrags analog anwendbar auf Verhältnisse, die einer besonderen künstlerischen und wissenschaftlichen Ausbildung bedürfen. Bei Berücksichtigung der Drittwirkung der Kunstfreiheit müsste in der Praxis indessen das Weisungsrecht des Dienstherr an den Vertrag gebunden sein, auch wenn das abgelieferte Werk nicht ganz seinen Vorstellungen entspricht. Die für die Herstellung eines Kunstwerks angemessene Vertragsform scheint der Auftrag, weil er die Selbständigkeit des Künstlers am besten gewährleistet. Andere Tätigkeiten im künstlerischen Bereich, die bloss nachschöpferisch sind - z.B. die Tätigkeit eines Regisseurs - können sehr wohl auch andern Vertragsarten unterstellt werden.

---

29) Das Urheberrecht, welches etwa auch als "Arbeitsrecht" des Künstlers bezeichnet wird, wird in diesem Zusammenhang nicht näher behandelt.

Interessant ist der Vorschlag von Jäggi, der für alle Verträge, die sich durch sog. "Persönlichkeitsnähe" auszeichnen - eine Eigenschaft, welche die künstlerischen Verträge sicher aufweisen -, vorschlägt, dass dem Verpflichteten in analoger Anwendung von Art. 404 OR ein jederzeitiges, bedingungsloses Kündigungsrecht zugestanden werden sollte, wobei allerdings der Künstler u.U. zur Leistung von Schadenersatz verpflichtet werden könnte [30].

IV. Die Verletzung in den persönlichen Verhältnissen und die Kunstfreiheitsgarantie

1. Allgemeines

Aus den in den vorhergehenden Abschnitten gewonnenen Erkenntnissen ergeben sich interessante Aspekte für den Fall, dass ein Kunstwerk die persönlichen Verhältnisse eines Dritten verletzt. Vorerst sei festgehalten, dass auch hier keine einheitlichen Grundsätze für das gesamte Gebiet der Kunst gefunden werden können; denn es ist leicht einzusehen, dass z.B. für den bildenden Künstler andere Massstäbe gelten müssen als etwa für den Dichter.

Die Dichtung scheint dem wirklichen Leben oft so weit entrückt, dass sie kaum eine bestimmte Person in ihren persönlichen Verhältnissen verletzen kann. Wer indessen die Literaturgeschichte durchgeht, stellt fest, dass es kaum ein Thema gibt, das nicht irgendwo im Leben sein Vorbild gehabt hat. Die Beziehung zwischen Dichtung und Wirklichkeit wird natürlich besonders augenfällig, wo der Dichter absichtlich seine Personen mit den Namen von noch lebenden Personen oder mit deren Charakterzügen ausstattet. Es gibt in der Literatur Stilrichtungen, die sich besonders um die Aufzeichnungen des täglichen, wirklichen Lebens bemüht haben (z.B. der lit. Realismus des letzten Jh.). Dass dem Dichter bei der Gestaltung seiner Werke eine möglichst weitgehende Freiheit zuzustehen ist, ist unbestritten. Dass andererseits auch jede Freiheitsausübung ihre Grenzen und ihre Verantwortlichkeit finden muss, steht fest. Es stellt sich hier die

30) vgl. für Deutschland Erbel, a.a.O., S. 220, der sich für dieselbe Lösung einsetzt, wenn der Künstler in eine Schaffenskrise gerät.

schwierige Aufgabe der Interessenabwägung. In der modernen Gesellschaft, wo die technischen Möglichkeiten der Verbreitung dem Kunstwerk eine enorme Wirkungskraft verliehen haben, ist die Gefahr der Beeinträchtigung der Persönlichkeit eines Dritten gross. Wenn nicht mehr Fälle den Gerichten zur Beurteilung vorgelegt werden, so liegt die Ursache dafür in den unbefriedigenden Schadenersatzzusprechungen! In seinem berühmten Entscheid, der den Schriftsteller Rod betraf, hat das Bundesgericht einige für das Verhältnis von Kunst und Persönlichkeitsrecht wesentliche Grundsätze aufgestellt: [31]

... Il n'est pas davantage douteux que le sujet de la nouvelle a été emprunté entièrement à la cause criminelle Maradan. D'autre part il est certain que la publication incriminé ne prétend pas donner un exposé historique véridique de la vie et des actes de Maradan; elle se présente comme une oeuvre d'art de d'imagination, composée d'après des principes artistiques, visant uniquement un effet littéraire, sans nullement prétendre donner une reproduction d'événements ou de caractères réels ...

Allgemein stellt das Gericht fest, dass die Freiheit des Dichters, Tatsachen aus dem Leben zu übernehmen, ihre Grenzen an den Persönlichkeitsrechten Dritter finde. Keine Berücksichtigung der Kunstfreiheit darf der Dichter verlangen, wenn er absichtlich, um sich an einer Person zu rächen oder aus andern wenig achtenswerten Gründen, ihre Persönlichkeitsrechte verletzt.

Im vorliegenden Fall konnte nach Ansicht des Gerichts dem Dichter keine dahingehende Absicht nachgewiesen werden. Zudem sei die Affäre Maradan in der Oeffentlichkeit bekannt gewesen. Durch die Vermischung von Dichtung und Wahrheit habe der Dichter keinen rechtswidrigen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte Maradans begangen; denn aus dem Charakter der Erzählung habe das Publikum im allgemeinen ersehen können, dass es sich nicht um einen Tatsachenbericht, sondern um eine Fiktion handle. Wenn Maradan geltend mache, einen moralischen Schaden erlitten zu haben, so rühre dieser in erster Linie von dem Verbrechen her, welches er begangen habe. Das Gericht stellte also darauf ab, dass im allgemeinen der Leser den Unterschied zwischen dem tatsächlichen Geschehen und der künstlerischen Erzählung erkennt. Die künstlerische Freiheit erlaubt es dem Dichter, einen Gerichtsfall nach den Gesetzen der Kunst beliebig auszuschmücken.

---

31) 21 S. 184. Der Schriftsteller Rod hatte die Strafakten Maradan, der wegen Mordversuchs an seiner zweiten Frau verurteilt worden war, zum Vorbild einer seiner Erzählungen genommen. Nach der Erzählung hatte Maradan (von Rod Doulet genannt) auch seine erste Frau ermordet. Maradan erhob gegen Rod Klage wegen Verleumdung, die indessen vom Bundesgericht abgewiesen wurde.

Höhere Anforderungen an die Sorgfaltspflichten des Dichters stellte die Cour d'Appel de Paris, die einen ähnlichen Fall zu beurteilen hatte. Der französische Dichter Chaperon nahm einen Gerichtsfall zum Vorbild für eine seiner Erzählungen. Nach einer eingehenden Schilderung der Vorfälle, wie sie sich tatsächlich zugetragen hatten, spann Chaoeron in einem zweiten Teil die Geschichte weiter. Er wurde verurteilt, weil er sich nach Ansicht des Gerichts nicht auf sein "privilège d'art" berufen könne, da er damit, dass er die Grenzen zwischen Fiktion und Wirklichkeit verwischt habe, der dargestellten Person moralischen Schaden zugefügt habe [32].

Ausgangspunkt war in beiden Fällen die Frage, ob der Dichter die reellen Fakten so in sein Werk verarbeitet hat, dass dieses nicht als blosse Nacherzählung, sondern als eine ästhetische Schöpfung auf einer höheren Ebene erscheint. Nur wenn diese Voraussetzung erfüllt ist, kann sich der Dichter auf das Privileg der Kunst berufen. Die Frage, wann eine Aesthetisierung vorliegt, mündet letztlich in das Problem der künstlerischen Qualität, deren Bestimmung schon bei der Kunstdefinition zu Schwierigkeiten geführt hat. Ob der Dichter es verstanden hat, sein Werk zu überhöhen oder ob er in der Alltäglichkeit stecken geblieben ist, führt eben zwangsläufig zu einer Bewertung der künstlerischen Ausdrucksmittel des Urhebers.

Interessante Aspekte wirft Lalive [33] mit der Frage auf, ob der "auteur historien" im Gegensatz zum "auteur d'imagination" vermehrte Pflichten zur Beachtung der Wahrheit hat. Nach Lalive ist der Dichter, der für sein Werk eine historische Person zum Vorbild genommen hat, nicht den gleichen Schranken unterworfen wie der gewöhnliche Historiker. Er ist frei, historische Fakten und Realität zu mischen, solange er nicht einer historischen Persönlichkeit einen der historischen Wahrheit völlig widersprechenden Charakter verleiht. Wer bestimmt indessen, was der historischen Wahrheit entspricht und wie weit geht die Pflicht des Dichters, sich über einen Stoff möglichst objektiv zu informieren? Grossen setzt sich dafür ein, dass an ein Kunstwerk keine Anforderungen in Bezug auf die historische Wahrheit zu stellen sind; der Dichter soll frei sein, aus seiner Phantasie schöpfen zu können [34].

---

32) zit. bei Lalive, ZBJV 1968, S. 201 ff.
33) Lalive, ZBJV 1968, S. 201 ff.
34) Grossen, a.a.O., S. 80a

Ein schweizerisches Beispiel dieser Art. das allerdings nie vor Gericht kam, weil die Angelegenheit durch gütlichen Vergleich geregelt wurde, ist das Festspiel "Banquier sans visage", das der Genfer Walter Weideli 1964 zum Anlass des Eintritts von Genf in die Eidgenossenschaft schuf [35]. Hauptfigur des Spiels war der Banquier Jacques Necker, von dessen Charakter Weideli ein trübes Bild zeichnete, nannte er ihn doch "usurier", "voleur" und "assassin". Die Nachfahren von Necker fühlten sich durch die respektlose Charakterisierung ihres berühmten Vorfahrens in ihrer Ehre verletzt und machten geltend, dass die Zuschauer, zumeist unfähig über den Unterschied zwischen Dichtung und Wahrheit zu entscheiden, die erwähnten Eigenschaften ohne weiteres auf die noch lebenden Angehörigen der Familie Necker übertragen würden. Der Anspruch des Werkes auf Glaubwürdigkeit werde noch dadurch verstärkt, dass es sich um ein offizielles Fespspiel handle.

Interessante Aspekte der Interessenabwägung zwischen Kunstfreiheit und Persönlichkeitsrechten unter einem andern Blickwinkel weist der Fall Hodler auf [36]. Ein Galeriebesitzer stellte ein Porträt von Ferdinand Hodler, gemalt von dessen Schüler, aus, das den Maler auf dem Totenbett zeigte. Die Witwe Hodler's erhob Klage gegen den Galeriebesitzer wegen Verletzung ihrer Persönlichkeitsrechte. Das Bundesgericht stellte einleitend fest, dass es sich im vorliegenden Fall nicht um das Recht am eigenen Bild oder um die Frage handle, ob das Malen einer solch intimen Darstellung an sich unzulässig sei. Es kristallisierte als verletztes Persönlichkeitsrecht das Interesse der Witwe, ihre intimsten Gefühle, in diesem Fall die Erinnerung an ihren Gatten unversehrt und der Oeffentlichkeit entzogen zu erhalten, heraus. Der Beklagte anerkannte wohl schützenswerte Gefühle der Witwe, machte indessen seinerseits geltend, dass der grosse künstlerische Wert des Bildes verlange, dass dieses der Oeffentlichkeit zugänglich gemacht werde. Das Bundesgericht erklärte, dass nicht durch eine weitherzige Auslegung der Persönlichkeitsrechte andere hohe Interessen zurückgedrängt werden dürften:

"Il ne faut pas que, par une protection mesquine et étroite de la personalité, le développement artistique, spirituel, religieux ou autre de la societé soit entravé sans motifs plausibles."

---

35) Lalive, ZBJV 1968, S. 215
36) 70 II 130 ff.

Das Bundesgericht setzte also das Interesse der Allgemeinheit an der Entwicklung der Kunst dem Interesse der Witwe an der Erhaltung ihrer intimsten Gefühle gegenüber. Ohne sich über die Qualität des vorliegenden Bildes zu äussern, dessen Wert es indessen nicht in Frage stellte, vertrat es die Auffassung, dass Porträts, die einen so namhaften Künstler wie Hodler darstellen, der Oeffentlichkeit gezeigt werden sollen.

Nach Abwägung der beidseitigen Interessen kam es indessen zum Schluss, dass in diesem Fall auch bei Berücksichtigung des künstlerischen Werts die Gefühle der Witwe, die zum innersten Bezirk der Persönlichkeit gehörten, der Vorrang zuzuerkennen sei. Ausschlaggebend für diese Entscheidung war die Tatsache, dass das Porträt den Maler auf dem Totenbett zeigte.

2. Das Recht am eigenen Bilde und die Kunstfreiheit

Eine Einzelausstrahlung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, die durch die Entwicklung der Reproduktionstechnik an Bedeutung gewonnen hat und daher in der Doktrin besondere Berücksichtigung findet, ist das Recht am eigenen Bilde. Die äussere Erscheinung des Menschen charakterisiert seine Persönlichkeit in besonderer Weise, dient sie doch als Bild nicht bloss als Mittel zur Identifikation, sondern wird darüber hinaus als Ausdruck der geistigen und ethischen Qualitäten des Menschen verstanden. Wie weit im Einzelfall der Schutz vor unbefugter Nachbildung geht, ist umstritten. Nach Landwehr [37] muss der Betroffene nicht bloss zur Verbreitung und Veröffentlichung, sondern auch schon zur Anfertigung des Bildes seine Einwilligung geben.

Das Recht am eigenen Bilde steht in engem Zusammenhange mit dem Recht auf Intimsphäre einerseits und mit dem Recht auf Ehre im zivilrechtlichen Sinn andererseits. Für bestellte Personenbildnisse sieht das Urheberrecht einen im Vergleich zu Art. 28 ZGB erhöhten Schutz der Persönlichkeit vor: gemäss Art. 35 URG dürfen diese nur mit Zustimmung des Abgebildeten veröffentlicht werden.

---

37) Landwehr Wilfried, Das Recht am eigenen Bild, S. 40

Bundesgerichtsentscheide, welche sich über das Verhältnis zwischen dem Künstler und dem Abgebildeten aussprechen, gibt es nicht. Allgemein gültige Richtlinien für die Interessenabwägung gibt es auch hier nicht, doch können einige Gesichtspunkte genannt werden, die bei der Abwägung berücksichtigt werden müssen. Wie der Dichter so ist auch der Maler [38] darauf angewiesen, seine Motive aus dem wirklichen Leben zu wählen, wobei zufällige oder gewollte Aehnlichkeiten unvermeidbar sind. Eine Regel, die dem Künstler verbieten würde, in seinen Werken Personen nachzubilden, welche wirklich existieren oder gelebt haben, würde die künstlerische Freiheit zunichte machen. Die Rolle der künstlerischen Gestaltung ist bei der Malerei eine andere als bei der Dichtung; während beim Sprachwerk die dichterische Einkleidung das Vorbild in den Hintergrund drängt und die Gefahr der Indentifizierung dadurch verringert wird, beschränkt sich das Bildwerk oft auf eine genaue Kopie, ohne dass dadurch der künstlerische Wert geschmälert würde. Das Schutzbedürfnis des Dargestellten erscheint daher beim Porträt grösser als beim dichterischen Bild. Die Kunstfreiheit verlangt ihrerseits, dass der Schöpfer sein Werk auch der Oeffentlichkeit zugänglich machen kann; denn die Kunst als Erscheinung der Kultur ist auf geistige Kommunikation angewiesen. Nach del Bianco [39] können künstlerische und wissenschaftliche Ziele bloss berücksichtigt werden, solange es sich nicht um ein bestelltes Bild handelt und solange das Bild nicht die Privatsphäre verletzt. Er fügt richtigerweise hinzu, dass die Person, die sich von einem Maler porträtieren lasse, wisse welches Risiko sie eingehe. Das Bundesgericht hat im Fall Hodler angedeutet, dass es nicht in jedem Fall die Kunstfreiheit zugunsten der Privatsphäre zurückbinden würde. Vielleicht wird auch die Qualität des Bildes den Dargestellten in einem konkreten Fall über einen vermeintlichen Eingriff in sein Recht am eigenen Bilde versöhnen!

Noch zu behandeln wäre das Verhältnis des Abgebildeten zur Photographie, die heute sicher als Kunstgattung betrachtet werden darf. Als zulässig werden Abbildungen von Personen betrachtet, die in der Oeffentlichkeit auftreten oder zu den Personen der Zeitgeschichte zählen, weil hier neben das Interesse der Kunst das Interesse der privatrechtlichen Informationsfreiheit tritt, welches verlangt, dass diese Personen in der Oeffentlichkeit bekannt gemacht werden dürfen. Das

---

38) Das Photographische Bild wird vorerst nicht behandelt.
39) del Bianco, Le droit de l'auteur, S. 239

Bedürfnis der öffentlichen Information entbindet den Photographen nicht von der Pflicht, die Person nicht in ehrrühriger und verletzender Weise abzubilden. Aus dem Privatleben dürfen Bilder von solchen Personen bloss veröffentlicht werden, wenn die veröffentlichte Szene für die Stellung in der Oeffentlichkeit massgebend ist.

Eine besondere Form des künstlerischen Bildes, die zu Konflikten mit dem Persönlichkeitsrecht führen kann, ist die Karikatur. Eine gute Karikatur zeichnet sich dadurch aus, dass trotz Hervorhebung, Ueberbetonung und Verzerrung die dargestellte Form Person noch identifiziert werden kann. Selten entsteht eine Karikatur aus rein ästhetischen Motiven; die künstlerische Form wird oft dazu verwendet, politische oder soziale Missstände anzuprangern, was in der gewöhnlichen Presseform als ehrverletzend betrachtet werden müsste. Nur Werke mit ausgesprochenem Kunstcharakter überdauern ihre Zeit (Daumier!) Der Schöpfer einer Karikatur kann seit jeher damit rechnen, dass sein Werk nicht mit strengen Massstäben gemessen wird; denn man hat (wenigstens heute) erkannt, dass die Karikatur ein unentbehrliches Ventil darstellt. Ob man allerdings soweit wie Rittler gehen will, der annimmt, dass der Karikaturist sozusagen zum voraus damit rechnen kann, dass der Verletzte Verständnis für die scherzhafte Verzerrung hat und seine Einwilligung dazu gibt, bleibe dahingestellt [40].

---

40) Rittler, Die Freiheit der bildenden Kunst, in Z 47, 1933, S. 73 ff.

§6 DIE SCHRANKEN DER KUNSTFREIHEIT

I. Allgemeines

1. Die Schranken der Grundrechte im allgemeinen

Die Grundrechte gewähren dem Individuum keine absolute Freiheit. Jede individuelle Freiheit ist sozial gebunden und findet ihre Schranken bei den Rechten anderer und bei den Rechtsgütern, welche für den Bestand der Gemeinschaft notwendig sind. Das Verhältnis zwischen staatlicher Macht und individueller Freiheit kann nicht generell abstrakt bestimmt werden; es ist abhängig von der soziologischen Situation sowie von den sich stets ändernden Staatsaufgaben [1].

Die BV kennt keine differenzierte Schrankensystematik wie das deutsche Grundgesetz. Bloss bei einigen Grundrechten, wie z.B. in BV 49 und 50, sind die Schranken ausdrücklich genannt, während in den meisten Fällen in der Verfassung von einer Beschränkung abgesehen wird. Als ungeschriebene, "immanente", für alle Grundrechte gleichermassen geltende Schranke hat das Bundesgericht wiederholt die öffentliche Ordnung bezeichnet; es sieht in der Aufrechterhaltung von Ruhe und Ordnung geradezu eine ursprüngliche, vorrechtliche Aufgabe des Staates [2]. In diesem Sinne erscheint die öffentliche Ordnung als a priori der höhere Wert, vor dem jedes Grundrecht zurückzutreten hat. Die Anforderungen der öffentlichen Ordnung sind indessen je nach dem Wesen des in Frage stehenden Grundrechts verschieden; ein genereller Vorbehalt der polizeilichen Güter lässt sich daher nicht rechtfertigen [3].

Formell muss gemäss bundesgerichtlicher Praxis, wenigstens "in der Regel", für die Beschränkung eines Grundrechts eine gesetzliche Grundlage vorhanden sein; [4] bei unmittelbar drohender Gefahr gesteht das Bundesgericht der Polizei ein Eingrifen auf Grund der allgemeinen Polizeiklausel auch ohne gesetzliche Grundlage zu [5].

---

1) Müller J.P., Die Grundrechte der Verfassung, S. 97/98
2) 60 I 108, 92 I 24
   Bei der neueren Lit. in diesem Sinne z.B. Aubert Jean-François, Traité des droit constitutionnel suisse, p. 633
3) Huber Hans, Grundrechte und Polizeigewalt, S. 235
4) 60 I 108, 61 I 32
5) Huber Hans, a.a.O., S. 235

Wenn indessen jedes Gesetz schlechthin zur Beschränkung der Grundrechte herangezogen werden könnte, würde die individuelle Freiheit praktisch auf legale Weise ausgehöhlt werden [6]. Noch in einem neueren Entscheid hat das Bundesgericht sogar die Rechtsordnung generell als Schranke der Grundrechte bezeichnet [7].

In Deutschland wurde mit dem Erlass des Grundgesetzes auch für den Gesetzgeber eine Schranke aufgestellt; Art. 19 GG erklärt den Wesensgehalt der Grundrechte für unantastbar. Die Grundrechtsschranken werden nach dieser Auffassung also ihrerseits beschränkt durch den Wesengehalt der Grundrechte.

Als Prinzip, welches von den Grundrechtsschranken zu beachten ist, hat das Bundesgericht wiederholt den Grundatz der Verhältnismässigkeit bezeichnet [8]. Erst in der neuesten Praxis hat es sich auch den Gedanken von der Wesensgehaltsgarantie zu eigen gemacht; so hat es in 90 I 27 erklärt, dass gesetzliche Einschränkungen eines Grundrechts bloss in dem Mass zuzulassen sind, als sie das Freiheitsrecht nicht aushöhlen oder seiner Substanz berauben [9].

2. Die Schranken der Kunstfreiheitsgarantie

In Deutschland, wo in der Literatur die Kunstfreiheit zumeist unter den sog. allgemeinen Gemeinschaftsvorbehalt von Art. 2 Abs. 1 GG gestellt wird, wurde die Frage aufgeworfen, ob der Kunstfreiheit überhaupt ein eigenständiger Schutzbereich zuzuerkennen ist, da sie im allgemeinen nicht allein, sondern zusammen

---

6) Huber Hans, a.a.O., S. 234
Das BG prüft bei der Beschränkung der Grundrechte die Anwendung kant. Rechts teilweise frei (z.B. 56 I 272), teilweise bloss auf Willkür (z.B. 55 I 162).
Im Entscheid 90 I 480 prüfte es die Anwendung des kant. Rechts bloss auf Willkür, führte indessen aus, dass eine freie Prüfung erfolge bei dem Entscheid, ob die (nicht willkürliche) Handhabung des kant. Rechts das in Frage stehende Grundrecht wahre (was m.E. eig. einer allgemeinen freien Prüfung gleichkommt). Bei besonders schweren Eingriffen in ein Grundrecht befürwortet es allgemein eine freie Prüfung.

7) 88 IV 122

8) 52 I 122, 90 I 496

9) Bei dem in Frage stehenden Grundrecht handelte es sich um die persönliche Freiheit

mit einem andern Grundrecht in Anspruch genommen wird [10]. Das Problem der Kunstfreiheitsschranken mündet in diesen Fällen in die Frage nach dem Verhältnis der Grundrechte untereinander aus.

In der schweizerischen Doktrin und Praxis ist man der Frage nach den Schranken der Kunstfreiheit allein nie nachgegangen. Es ist anzunehmen, dass das Bundesgericht sie wie die andern Freiheitsrechte unter den Vorbehalt der öffentlichen Ordnung stellen würde, falls es zu dieser Frage Stellung beziehen müsste. Die Schranke der öffentlichen Ordnung ist indessen bei der Kunstfreiheit besonders sorgfältig gegenüber den Anforderungen des Freiheitsrechts abzuwägen, da sie in der Vergangenheit oft rücksichtslos zur Unterdrückung der Kunst herbeigezogen wurde [11].

Als Schranke des Bundesrechts muss der Begriff der öffentlichen Ordnung notwendigerweise auf Verfassungstufe stehen [12]. Die Aufrechterhaltung von Ruhe und Ordnung durch die Polizei liegt indessen in erster Linie bei den Kantonen. Das Bundesrecht kann den Kantonen nicht bindend vorschreiben, nach welchen Grundsätzen sie den Begriff der öffentlichen Ordnung präzisieren sollen [13]. Was den Bestand der öffentlichen Ordnung ausmacht, ist von Kanton zu Kanton verschieden und hängt von mannigfachen Gegebenheiten politischer, konfessioneller und geographischer Art ab.

Unproblematisch ist der Vorbehalt der öffentlichen Ordnung gegenüber der Kunstfreiheit bloss, wenn es sich um die Abwehr von Gefahren handelt, welche die äussere Sicherheit und Ordnung betreffen. So wird sich der Künstler z.B. in seinem Haus wie jeder andere Hausbesitzer an die feuerpolizeilichen Vorschriften zu halten haben.

---

10) Scheuner, Die inst. Garantien, S. 99, Erbel, a.a.O., S. 120
In einem Teil der Literatur wird allerdings die Ansicht vertreten, dass die Schranken von Art. 2 Abs. 1 GG nicht unmittelbar anzuwenden, sondern bloss als Massstab heranzuziehen ist, da sonst die Kunstfreiheit wie alle andern an sich unbegrenzten Grundrechte ohne Rücksicht auf ihre verschiedenen Bedürfnisse denselben Schranken unterworfen würden. In diesem Sinne: Maunz-Dürig, Grundgesetzkommentar, Anm. VIII zu Art. 2 Abs. 1 GG, S. 55 ff.

11) Erbel, a.a.O., S. 159

12) 50 I 376

13) Aeppli, Die Filmzensur, S. 57

Schwierig wird die Interessenabwägung, wenn die Polizei gegen die Kunst als geistige Aeusserung vorgehen will. Als Massstab, wann die öffentliche Ordnung als verletzt zu gelten hat, nimmt man im Polizeirecht den Begriff des Durchschnittsmenschen zu Hilfe, welcher auch bei der Beurteilung von unzüchtigen Veröffentlichungen herangezogen wird [14]. Wenn indessen die Kunst nur im Rahmen des Durchschnittlichen toleriert wird, läuft dies auf eine unzumutbare Einengung des Wesens der Kunstfreiheitsgarantie hinaus [15]. Besonders wenn sich die Kunst bloss an eine beschränkte Oeffentlichkeit wendet, von der ein Verständnis für künstlerische Werke erwartet werden kann, müssen die polizeilichen Schranken weiter gezogen werden.

Ropertz führt für diese Kategorie von Kunstwerken als Beispiele Lesungen in kleinerem Kreis, Ausstellungen in kleinem Rahmen und Sonderdrucke an [16]. Wegleitend für das Verhältnis von Kunst und Polizeirecht mögen die Aeusserungen von Drews/Wacke sein:
"Es ist dabei (bei künstlerischen Meinungsäusserungen) zu beachten, dass die Grenze der öffentlichen Ordnungswidrigkeit bei künstlerischen und ebenso bei wissenschaftlichen Werken ganz erheblich weiter hinauszuschieben ist als bei Meinungsäusserungen, denen dieser höhere Charakter abgeht. Kunst und Wissenschaft sind zwar kein Freibrief, der jede Schranke der öffentlichen Ordnung zu durchbrechen gestattet; sie gehören aber zu den wertvollsten Gütern, jeder menschlichen Gemeinschaft, und darum ist es gerechtfertigt, dass die Allgemeinheit sich ihnen gegenüber in ihren Ordnungsnormen eine entsprechende Beschränkung auferlegt" [17].

II. Die Schranken der Kunstfreiheitsgarantie bei gleichzeitiger Inanspruchnahme anderer Grundrechte

Wie bereits erwähnt, fällt der durch die Kunstfreiheitsgarantie geschützte Tatbestand zumeist zugleich in den Schutzbereich eines andern Grundrechts, so dass

---

14) vgl. S. 91.
15) Voigt Heinz, Der liberale Polizeibegriff, S. 80, vertritt allerdings die Auffassung, dass der Durchschnittsmensch massgebend sei.
16) Ropertz, Die Freiheit der Kunst, S. 155
17) Drews/Wacke, Allgemeines Polizeirecht, S. 94

bei der Festsetzung der Schranken der Kunstfreiheit zunächst das Verhältnis der in Anspruch genommenen Grundrechte zueinander abgeklärt werden muss. Sollen in solchen Fällen beide Grundrechte zum Zuge kommen oder schliesst ein Grundrecht das andere von der Anwendung aus? Bei der Lösung dieses Problems zeigt sich einmal mehr, dass die Grundrechte nicht gewöhnliche Rechtssätze, sondern grundlegende Rechtsbegriffe sind, die einer über die Auslegung hinausgehenden Konkretisierung bedürfen. Die Grundrechtskataloge der Verfassungen sind nicht systematisch aufgebaute, abschliessende Gesetzeskodifikationen, sondern blosse Exemplifikationen von Freiheiten, die in der Vergangenheit oder Gegenwart unterdrückt oder verletzt wurden. Das Verhältnis von Grundrechten zueinander kann daher nicht nach den Regeln der Gesetzeskonkurrenz aufgelöst werden. Trotzdem will Klein [18] für Deutschland das Problem der Grundrechtskonkurrenz auf Grund der Schrankensystematik lösen: Konkurrieren zwei Grundrechte, die das Grundgesetz denselben Schranken unterwirft, so entfallen weitere Schwierigkeiten, weil dies bedeutet, dass beide Grundrechte in gleicher Weise beschränkt werden können; stehen Grundrechte in Konkurrenz, die verschiedene Schranken aufweisen, muss nach dem Prinzip der Güterabwägung überprüft werden, ob die engeren oder die weiteren Schranken zur Anwendung kommen. Knies, welcher die Schrankenmechanik als mit dem Charakter der Grundrechte unvereinbare Methode ansieht, kritisiert die von Klein vertretene Auffassung und stellt fest, dass selbst für Klein (allerdings inkonsequenterweise) letztlich das Prinzip der Güterabwägung, welches allein dem Wesen der Grundrechte entspreche, massgebend sei [19]. Dieser Kritik an die Seite zu stellen ist auch die Meinung von Erbel, der sich dafür einsetzt, dass "Konkurrenzverhältnisse" in jedem Fall wertinterpretatorisch gelöst werden müssen, weil bloss auf diese Weise alle Interessen angemessen berücksichtigt werden können [20].

Die von Erbel und Knies vertretenen Auffassungen können auch für die Schweiz bei der gleichzeitigen Inanspruchnahme von mehreren Grundrechten im allgemeinen und im besonderen bei der Kollision der Kunstfreiheit mit andern Grundrechten als wegleitend angesehen werden. Eine Lösung auf Grund der Schrankensystematik ist hier, wie bereits erwähnt, schon wegen der geringen Zahl der in

---

18) v. Mangoldt-Klein, Grundrechtskommentar, X 6b zu Art. 5, S. 259
Nicht eingegangen wird hier auf die Unterscheidung von systematisch-sachlichen und persönlichen Gewährleistungsschranken.
19) Knies, Schranken der Kunstfreiheit, S. 82
20) Erbel, a.a.O., S. 127

der Verfassung genannten Schranken nicht durchführbar, doch besteht auch hier für die Kunstfreiheit die grosse Gefahr, dass sie ohne Abklärung der auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter den Schranken des zugleich angerufenen Grundrechts unterworfen wird. Es muss indessen in jedem Fall, bei dem die Kunstfreiheit zusammen mit einem andern Grundrecht Anwendung findet, geprüft werden, ob die in Frage kommenden Schranken mit dem Wesen der Kunstfreiheit vereinbar sind [21]. So muss z.B. die Schranke der öffentlichen Ordnung entsprechend modifiziert werden, wenn sie auf einen Tatbestand angewendet wird, bei dem neben andern Grundrechten die Kunstfreiheit betroffen ist. Eine allgemeine Regel, welche bei Ueberschneidungen angewendet werden könnte, gibt es nicht [22]. Gerade bei einem so weiträumigen Begriff wie der Kunstfreiheit sind die geschützten Interessen je nach dem in Frage stehenden Tatbestand sehr verschieden zu bewerten. Erbel unterscheidet bei der Kunstfreiheit "typische" und "atypische" Ausdrucksformen; typisch sind demnach künstlerische Aeusserungen, "von denen angenommen werden kann, dass sie dem regelnden Gesetzgeber als Normalformen vor Augen gestanden haben." Auch atypische künstlerische Gestaltungen fallen nach ihm noch unter den Schutz der Kunstfreiheit, doch können auf sie die Schranken der zugleich in Anspruch genommenen Grundrechte angewendet werden, falls dadurch nicht der Wesensgehalt der Kunstfreiheit verletzt wird [23].

Diese Argumentation kann meines Erachtens auch für die schweizerischen Verhältnisse übernommen werden mit einer allerdings ein wenig anderen Begründung. Ueberwiegt im Falle der "Idealkonkurrenz" von Kunstfreiheit und anderen Grundrechten die Komponente der künstlerischen Persönlichkeitsentfaltung, so soll bei der Zumessung der Schranken in erster Linie die Kunstfreiheit massgebend sein. Tritt indessen z.B. der kommerzielle Charakter in den Vordergrund, muss sich die Kunstfreiheit gefallen lassen, dass die Schranken nach der gleichzeitig in Anspruch genommenen Handels- und Gewerbefreiheit ausgerichtet werden [24]. Als absolute Schranke gilt indessen auch in diesem Fall der Wesensgehalt der Kunstfreiheitsgarantie.

---

21) Erbel, a.a.O., S. 127
22) Erbel, a.a.O., S. 127
23) Erbel, a.a.O., S. 127
24) Es gilt der Grundsatz, dass allgemein die Grundrechte der geistigen Sphäre gegenüber denjenigen der wirtschaftlichen Sphäre eine "preferred position" einnehmen, was allerdings in der schweiz. Praxis meist verkannt wird. vgl. dazu Saladin, a.a.O., S. 277

Auch bei der Konkurrenz der Kunstfreiheit und Eigentumsfreiheit werden es in erster Linie die Schranken der Eigentumsfreiheit sein, die Anwendung finden, weil durch die soziale Gebundenheit des Eigentums der Berechtigte nicht frei sein kann darin, wie er sein Eigentum gestaltet. Bauten haben mit der Umgebung, in welche sie hineingestellt werden, bis zu einem gewissen Grad zu harmonieren, so dass der individuellen Gestaltung recht enge Schranken gesetzt sind. Bauästhetische Vorschriften, welche eine gewisse Raumgestaltung anstreben, ohne indessen in erster Linie auf subjektive Werturteile über "Aesthetik" abzustellen, haben daher auch vor der Kunstfreiheit Bestand.

Im nächsten Abschnitt soll noch im besonderen auf das Verhältnis von Kunst und Gewerbefreiheit eingegangen werden.

III. Die Schranken der Kunstfreiheit und der Handels- und Gewerbefreiheit

1. Allgemeines

Die Kunstfreiheit als das Recht des Einzelnen, sich künstlerisch frei zu betätigen und die Handels- und Gewerbefreiheit als Recht zu freier wirtschaftlicher Betätigung scheinen auf den ersten Blick wenig Berührungspunkte zu haben. Auf der einen Seite ein Freiheitsrecht aus der geistigen Sphäre, welches höchste menschliche Aeusserungen zum Gegenstand hat, auf der andern Seite ein Grundrecht aus der wirtschaftlichen Sphäre. Ist Kunst nicht angewiesen auf Erbauung, Kontemplation ?-Eigenschaften, welche bei der marktmässigen Verwertung nicht berücksichtigt werden.

1883 entschied der Bundesrat, dass ein Theaterunternehmen kein Gewerbe im Sinne von Art. 31 BV sei, weil die dramatische Produktion nicht in erster Linie in Gewinnabsicht betrieben werde, sondern auf das Publikum in ästhetischer und moralischer Hinsicht wirken wolle [25]. In einem Entscheid von 1911 wich der Bundesrat von diesem Standpunkt ab und stellte fest, dass jede zum Zwecke des

---

25) Salis, Bundesrecht, II Nr. 840

Erwerbs berufsmässig ausgeübte Tätigkeit, also auch das Theatergewerbe und die neu aufgekommene Kinomatographie, unabhängig von ihrer Wirkung, als Gewerbe zu betrachten seien [26]. Das Bundesgericht übernahm diese Auffassung und entschied in ständiger Praxis, dass sowohl die künstlerischen wie die wissenschaftlichen Berufe unter die Handels- und Gewerbefreiheit fallen [27]. In der heutigen Doktrin wird überwiegend die Meinung vertreten, dass allgemein nicht bloss die in Erwerbsabsicht berufsmässig ausgeübte, sondern auch die gelegentliche betriebene Tätigkeit als Gewerbe im Sinne von Art. 31 BV zu betrachten sei [28].

Nach neuerer bundesgerichtlicher Praxis ist sogar die unselbständige Erwerbstätigkeit geschützt [29].

Scharfe Kritik an der Unterstellung der künstlerischen und wissenschaftlichen Erwerbstätigkeit unter BV 31 übt Fehlmann; nach ihm steht beim freien Künstler und Wissenschaftler die Kulturproduktion, die Schaffung von Werten im Vordergrund, welche sich nicht im gewerblichen Tauschverkehr realisieren lassen; der Begriff des Gewerbes widerspricht nach ihm der Ethik der Kulturproduktion [30].

---

26) Salis-Burckhardt, Bundesrecht II Nr. 437

27) 50 I 173, 59 I 61, 80 I 139

28) z.B. Marti Hans, Handels- und Gewerbefreiheit, S. 60

29) 84 I 21

30) Fehlmann, Die rechtliche Stellung der freien wissenschaftlichen Berufe, S. 102
Damit soll natürlich nicht gesagt sein, dass jeder Künstler notwendigerweise einen freien Beruf ausüben muss. Freie Berufe sind solche Erwerbsberufe, "deren Angehörige auf Grund mehrer Verträge auf Arbeitsleistung zur vorübergehenden Leistung mehrer übertragener Dienste gleichzeitig für mehrere Dienstbesteller, unter Aufwendung nur eines Teils ihrer täglichen Arbeitszeit, gegen einzelne Vergütungen zur Erreichung eines vom Dienstbesteller vorausbezeichneten Resultates tätig sind." (Fehlmann, a.a.O., S. 47) Die dem Wesen der Kunst am "ehesten" entsprechende Vertragsform ist sicher der Auftrag, weil er in der Bestimmung der Leistung dem Beauftragten die grösste Freiheit lässt, doch kann ein Künstler sich auch z.B. durch Dienstvertrag binden lassen.

Anhang

Erwähnensert ist in diesem Zusammenhang ein Entscheid des Bundesgerichts über die Unterstellung von Künstlern unter die Warenumsatzsteuer:
Der Beschwerdeführer, ein Bildhauer mit einem Einkommen von über Fr. 35'000.--, wurde von der eidg. Steuerverwaltung als Grossist im Sinne von WUStB 8 I a steuerpflichtig erklärt.

Mit seiner Beschwerde machte er in erster Linie geltend, dass der Wert seiner Werke nicht im Grundelement oder Stoff, sondern in der künstlerischen Gestaltung liege. Im Vordergrund stehe für ihn als Künstler nicht die Erzielung von Einnahmen; dazu richte sich der Preis eines Kunstwerks nach der Qualität. Durch die finanzielle Unterstützung der Künstler, vor allem der Anfänger, trage der Staat zur Förderung der Kultur, nicht der wirtschaftlichen Entwicklung bei. Keine Rolle spiele sodann, entgegen der Ansicht der EStV, ob der Künstler frei oder auf Auftrag hin tätig sei. Im übrigen machte er die Verletzung von BV 4 geltend, weil ausser ihm kein Bildhauer der WUST unterworfen sei.

Das Bundesgericht wies die Beschwerde vollumfänglich ab. Es führte aus, dass die künstlerische Gestaltung als "Herstellung" bezeichnet werden könne, so dass ein Kunstwerk, falls es sich um eine bewegliche Sache handle und daher Objekt eines Fahrniskaufes sei, als Ware gelte. Im übrigen sei eine Sonderbehandlung für Kunstwerke schon deshalb nicht durchführbar, weil die Qualifikation auf zu grosse Schwierigkeiten stosse. Wenn auch der Künstler nicht in erster Linie zur Erzielung von Einnahmen tätig sei, sei doch auch er in den meisten Fällen auf einen Abnehmer angewiesen und nehme damit am Wirtschaftsleben teil. Das Bundesgericht rügte sodann die frühere Praxis der ESTV, welche der Kunst insofern eine Sonderbehandlung eingeräumt hatte, als sie die frei schaffenden Künstler von der WUST ausnahm; nach Ansicht des Bundesgerichts lassen sich keine Gründe für eine verschiedene Behandlung von freien und auf Auftrag hin tätigen Künstlern anführen. Die Tatsache, dass andere Bildhauer nicht der WUST unterworfen seien, weil sie sich nicht als Grossisten eingetragen haben, verstosse nicht gegen BV 4 - vgl. Praxis des Bundesgerichts, 61. Jg., 1972, Nr. 103.

Die Kritik von Fehlmann ist sicher insoweit berechtigt, als bei der rechtlichen Regelung der künstlerischen (und wissenschaftlichen) Tätigkeiten den besonderen Bedürfnissen des Sachgebietes Rechnung getragen werden muss. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass im weiträumigen Bereich der Kunst es verschiedene, mehr oder weniger "erwerbsorientierte" Gebiete gibt. Sicher nicht unter den Begriff des Gewerbes fällt der Idealtypus des Künstlers, welcher sich seine Aufträge selber gibt und nicht auf eine Verwertung seiner Schöpfungen angewiesen ist. Als Gegenbeispiel wäre die Kinematographie zu nennen, welcher auch Kunstcharakter zukommt, obwohl es sich um ein sehr kapitalintensives Gewerbe handelt [31]. Wenn die künstlerische Tätigkeit irgendwie auf Erwerb ausgerichtet ist, muss sie es sich gefallen lassen, dass sie den Gewerben zugeordnet wird. Dies bedeutet indessen nicht, dass die Schranken der Handels- und Gewerbefreiheit tels quels auf die Kunstfreiheit übertragen werden; denn bei Anwendung der Schranken muss vorerst geprüft werden, ob sie mit dem besonderen Charakter des in Frage stehenden Kunstwerks, d.h. mit dem Wesensgehalt der Kunstfreiheitsgarantie in Einklang stehen.

"Systemkonforme" Schranken der Handels- und Gewerbefreiheit sind die gewerbepolizeilichen Schranken; zu deren Erlass ist gemäss Art. 31 bis Abs. 2 BV der Bund befugt, in Art. 31 Abs. 2 BV ist indessen auch die Kompetenz der Kantone zum Erlass solcher Normen vorbehalten [32].

Gewerbepolizeiliche Vorschriften sind solche, welche die öffentliche Ordnung vor Gefahren, die gewisse Ausübungen der gewerblichen Tätigkeit mit sich bringen, schützen und dem Grundsatz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr Nachachtung verschaffen sollen [33]. Nicht vereinbar mit der Handels- und Gewerbefreiheit sind wirtschaftspolitische Eingriffe d.h. Eingriffe, welche das Prinzip des freien Wettbewerbs korrigieren wollen. So erklärte das Bundesgericht die Schliessung eines Kinos, um das Publikum vor der Verschwendung seines Geldes zu bewahren, als unzulässig; [34] in einem andern Entscheid hob es das Verbot eines Wandertheaters auf, welches von der kantonalen Instanz mit der Kon-

31) Aeppli, Die Filmzensur, S. 11 ff.
32) Giacometti, Bundesstaatsrecht, S. 304/5
33) 59 I Nr. 12
34) 59 I Nr. 22

kurrenzierung des subventionierten ständigen Theaters begründet worden war [35]. Vereinbar mit BV 31 ist die Einführung einer Polizeierlaubnis für bestimmte Gewerbe; erfüllt der Bewerber die gesetzlich umschriebenen Anforderungen, so hat er Anspruch auf die Erteilung der Erlaubnis [36]. Ein Gewerbezweig, für welchen die Kantone die Patentpflicht eingeführt haben, ist das Hausier- und Wandergewerbe [37]. Ein solches Gewerbe liegt vor, wenn der Gewerbetreibende ohne vorherige Bestellung das Publikum aufsucht [38]. Das Bundesgericht hat entschieden, dass es sich nicht um ein Wandergewerbe handelt, wenn die Tätigkeit auf Grund eines vorangegangenen Engagements, gegen vorher vereinbarte fixe Vergütung erfolgt und hinsichtlich der Entschädigung keine direkte Verbindung mit den Zuschauern der Vorstellung stattfindet. Die meisten Kantone nehmen indessen von der Patentpflicht Umgang, wenn es sich um "künstlerische" Veranstaltungen handelt [39]. Auf diese Weise werden die künstlerisch hochstehenden und blossen Unterhaltungsvorstellungen unterschieden und damit den Bedürfnissen der Kunst gebührend Rechnung getragen. Am meisten Schwierigkeiten bietet die Umschreibung des Begriffs "künstlerisches Interesse" oder "höheres Interesse der Kunst", wie sich die deutsche Gewerbeordnung ausdrückt [40]. Auch hier gibt es keine allgemeingültige Methode zur Unterscheidung von Kunst und blosser Lustbarkeit, sondern es muss von Fall zu Fall entschieden werden, wo die Darbietung das Attribut "Kunst" verdient. Nicht allein massgebend sein kann die Absicht des Künstlers:, zusätzlich müssen Form und Inhalt und ganz allgemein die äusseren Umstände berücksichtigt werden. So vertritt Jellinek die Auffassung, dass Gesänge in rauchigen Lokalen schon wegen ihrer Umgebung kein Kunsterlebnis vermitteln [41]. Dieser Auffassung liegt wohl die Meinung zugrunde, dass sich hohe Kunst bloss in einem entsprechenden Rahmen darbiete, welcher seinerseits Gewähr dafür biete, dass die öffentliche Ordnung nicht gestört werde.

---

35) 59 I 61
36) Giacometti, a.a.O., S. 305
37) Köng, Schweiz. Theaterrecht, S. 4
38) Köng, a.a.O., S. 5, vgl. z.B. Bern: Gesetz über den Warenhandel, das Wandergewerbe und den Marktverkehr vom 9.5.1926, Art. 49 Abs. 5
39) Köng, a.a.O., S. 5 ff.
40) § 33 der deutschen Gewerbeordnung
41) Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 455 ff.

2. Kinematographie und Kunstfreiheit

a) Allgemeines

In der Schweiz tauchten um die Jahrhundertwende die ersten Wanderkinos auf den Jahrmärkten auf, welche die Leute mit ihren lebenden Bildern in ihren Bann zogen. Die ersten Filme hatten nach Thema und Gehalt nichts mit Kunst zu tun, sondern wurden als blosse Unterhaltung eingestuft. Welche Bedeutung die Kinematographie rasch gewann und wie intensiv man sich mit den Rechtsproblemen befasste, die durch die Erfindung des Kinos geschaffen wurden, zeigt sich darin, dass man als Behandlungsobjekt am schweizerischen Juristentag von 1916 das Thema Kinematographie und Gewerbefreiheit wählte [42]. Aus den Diskussionen geht hervor, dass die Meinungen über die zu treffenden Massnahmen ziemlich geteilt waren. Einig war man sich darüber, dass die Jugend unter allen Umständen vor schädlichen Einflüssen bewahrt werden müsse, während man für die Erwachsenen die Gefahr nicht so sehr auf dem Gebiete der Moral als auf dem Gebiete der Aesthetik sah, in dem Sinne, dass durch minderwertige Filme der Geschmack verdorben werde. So wurden kantonale polizeiliche Beschränkungen zum Schutze der Jugend befürwortet, während man eine allgemeine Präventivzensur nicht als notwendig erachtete. Die Einführung einer Bedürfnisklausel betrachtete man als verfassungswidrig. Ganz allgemein wurde die Regelung der Kinematographie (z.B. Zensur, Erteilung der Bewilligung zur Betriebseröffnung etc.) als Sache der Kantone angesehen; von einer eidgenössischen Gesetzgebung wollte man vorläufig absehen.

b) Die Filmzensur

aa) Filmzensur und Handels- und Gewerbefreiheit

Gemäss einem bereits zitierten Entscheid des Bundesrats vom 9.2.1911 [43] steht das Theater- und damit eingeschlossen das Kinematographiewesen unter dem Schutz der Handels- und Gewerbefreiheit. Das Bundesgericht hat in seiner Praxis

---

42) Henggeler/Guex, ZSR n.F. 35, 1916, S. 489 ff.
43) Salis-Burckhardt, Bundesrecht II Nr. 437

diese Auffassung stets bestätigt [44]. Als gewerbepolizeiliche Beschränkungen haben die Kantone in ihren Filmgesetzen die Zensur in ihren verschiedenen Erscheinungsformen aufgenommen [45]. Um eine Präventivzensur handelt es sich, wenn die Prüfung des Films auf Verstoss gegen die öffentliche Ordnung vor der ersten öffentlichen Aufführung stattfindet; eine Repressivzensur liegt vor, wenn die Prüfung während oder nach der ersten Vorführung erfolgt. Beim gemischten System, der fakultativen Präventivzensur mit Anmeldezwang, müssen die Kinoinhaber die Filme zuerst bei der Behörde anmelden, welche prüft, ob sie diese wegen möglicher Gefährdung der öffentlichen Ordnung der Vorzensur unterwerfen will [46]. Nach Praxis des Bundesgerichts sind alle Varianten der Zensur mit dem Grundsatz von BV 31 vereinbar und verstossen auch nicht gegen BV 4, weil der Film als spezielle Kunstgattung auch besonders intensiv auf das Publikum einwirke [47]. Als unzulässig erklärt wurde hingegen die Vorzensur von Kinoinseraten, weil sie dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit widerspreche [48].

bb) Filmzensur und ideelle Freiheitsrechte, insbesondere die Kunstfreiheit

Bis vor wenigen Jahren hat das Bundesgericht dem Film den Schutz der Pressefreiheit aus formellen und materiellen Gründen verweigert. In einem unveröffentlichten Entscheid vom 30.1.1931 führte es aus, dass bloss ein Presseerzeugnis vorliege, wenn der Gegenstand, auf dem ein Gedanke vervielfältigt sei, dem Publikum zur unmittelbaren Kenntnisnahme zugänglich gemacht werde:, bei Kinovorstellungen sehe der Zuschauer bloss bewegte Bilder, ähnlich den theatralischen Vorführungen, welche auch nicht den Schutz der Fressefreiheit genössen [49]. Materiell wurde der Schutz verweigert, weil der Film nicht

---

44) 38 I 439, 39 I 15, 40 I 174, 480, 43 I 256, 47 I 42, 48 I 475, 49 I 91, 50 I 173, 53 I 268, 83 I 112
45) Aeppli, a.a.O., S. 85 ff.
46) Aeppli, a.a.O., S. 61
Birchmeier, Kommentar zum eidg. Filmgesetz, S. 26
47) 87 I 115 ff.
48) 87 I 302
49) Entscheid vom 30.1.1931 i.S. Praesens Film c.RR Schaffhausen, zit. bei Aeppli, a.a.O., S. 62

fähig sei, eine Meinung auszudrücken [50]. In seiner Botschaft zum Filmgesetz führte der Bundesrat aus, dass der Staat dem Film gegenüber eine analoge Haltung einnehmen müsse wie gegenüber der Presse, wobei indessen der Film nicht unter BV 55 falle, so dass die Zensur nicht verfassungswidrig sei [51]. Im Entscheid 87 I 288 ff. gestand das Bundesgericht Filmen, die Lehrmeinungen vertreten, auch den Schutz der Meinungsfreiheit zu und in einem späteren Entscheid stellte es fest, dass die Meinungsfreiheit in umfassender Weise, d.h. rationale Stellungnahmen und das Kunstschaffen zu schützen sei [52]. Damit ist allerdings noch nicht gesagt, dass das Bundesgericht bereit ist, der Meinungs- und Kunstfreiheit, auch wenn es deren Geltung grundsätzlich anerkennt, eine selbständige Wirkung neben der Handels- und Gewerbefreiheit zuzuerkennen. Auf jeden Fall hat es noch in einem neueren Urteil festgehalten, dass eine gewerbepolizeiliche Beschränkung, welche vor BV 31 standhalte, auch kein anderes Grundrecht verletzen könne [53]. Unter diesem Gesichtspunkt ist die Präventivzensur, auch wenn die Geltung der Meinungs- und Kunstfreiheit unbestritten ist, ohne weiteres verfassungsmässig [54]. Mit dieser Betrachtungsweise wird indessen den Besonderheiten der gleichzeitig in Anspruch genommenen Grundrechte, in unserem Fall der Kunstfreiheit nicht Rechnung getragen. Bei allen Vorbehalten kann man heute dem Film einen künstlerischen Charakter nicht absprechen. Daher geht es nicht an, den künstlerischen wie den unkünstlerischen Film gleichermassen als "Gewerbeprodukt" zu behandeln. Gewiss gilt es zu bedenken, dass der Film als sogenannte achte Kunst den Rahmen der traditionellen Kunstgattungen gesprengt hat und sich als Massenunterhaltungsmittel mit besonderer Suggestivkraft an ein Publikum wendet, dessen Verständnis für Kunst begrenzt ist. Doch sollte unter Berücksichtigung der künstlerischen Eigenschaften des Films immer geprüft werden, ob diese nicht ihrerseits auf die Schranken einzuwirken vermögen [55]. In einem bereits zitierten Entscheid [56] anerkannte das Bundesgericht zwar durchaus den künstlerischen Charakter des Films, erachtete

---

50) Aeppli, a.a.O., S. 61
Aeppli hält es für verfehlt anzunehmen, dass der Film keine Meinung äussern kann.
51) BBL 1961 II 1029 ff
52) 87 I 288
53) 87 I 114 ff., Zbl 1954, Jg. 55, S. 432 ff.
54) 87 I 114 ff.
55) Saladin, Grundrechte im Wandel, S. 276 ff.
56) Zbl 1963 Jg. 64, S. 363 ff.

jedoch das Verbot nicht als willkürlich, da die künstlerischen Ausgleichswerte wohl für den Kenner, aber nicht für den hier massgebenden durchschnittlichen Kinobesucher erkennbar seien; [57] analog wie bei der unzüchtigen Veröffentlichung kann es nicht auf die Absichten des Künstlers, sondern bloss auf die objektive Bedeutung der Filme ankommen. Dieses Urteil lässt hoffen, dass das Bundesgericht in Zukunft auch die künstlerischen Ausgleichswerte angemessen berücksichtigen wird. Meines Erachtens müsste es allerdings nicht darauf abstellen, ob einzelne Szenen vom Inhalt her gegen die öffentliche Ordnung verstossen, sondern darauf, ob der Film in seiner Gesamtwirkung unsittlich oder verrohend ist. Tatsache ist, dass ein Film mit gleichem Inhalt wie ein Buch eben eine sehr viel grössere Breitenwirkung hat, so dass gegen ihn schärfere Beschränkungen grundsätzlich ohne Verstoss gegen BV 4 legitim sind. In den letzten Jahren wurde allerdings die Verfassungsmässigkeit der Zensur immer mehr in Frage gestellt. 1968 wurde an der Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektoren noch eine Kommission bestellt, welche sich mit der Vereinheitlichung der Filmzensur für die Schweiz befassen sollte, doch wurde die Arbeit nicht zu Ende geführt, weil verschiedene Kantone sich inzwischen mit einer vollständigen Abschaffung der Zensur befassten [58].

Als Argument für die Abschaffung wird dabei die Tatsache angeführt, dass der Film sowohl als Kunstwerk als auch als Massenmedium nicht eingehender beschränkt werden dürfe als andere Ausdrucksformen dieser Gattungen. Zudem wird auf die Unbestimmtheit der sittlichen Massstäbe und Verhaltensnormen hingewiesen, welche eine allgemeinverbindliche Wertung eines Films erschweren [59]. Meines Erachtens ist die Filmzensur eine sehr einschneidende Massnahme, deren Berechtigung doch heute diskutiert werden kann. Zu weitgehend scheint mir vor allem das Urteil des Bundesgerichts, wonach auch ein Filmklub, bei dem eine (allerdings bloss geringfügig) beschränkte Oeffentlichkeit Zutritt hat, der Vorzensur zu unterstellen ist [60]. Unbestritten scheint mir, dass auf jeden Fall besondere Massnahmen zum Schutze der Kinder und Jugendlichen, vor allem in der Form von altersmässigen Zulassungsbeschränkun-

---

57) Auf die Behandlung des Radio- und Fernsehwesens wird hier verzichtet.
58) Ratschlag und Entwurf des Reg.rats des Kantons BS zu einem Gesetz betr. Vorführung von Filmen, vom 28.1.1971, S. 11
59) Ratschlag und Entwurf des Reg.rats BS, S. 10 ff.
60) 87 I 288 ff.

gen, weiterhin notwendig sind. Das Bundesgericht hat etwa betont, dass solche Beschränkungen nicht der Wahrung der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit dienen, sondern als "Ausfluss der Erziehungsgewalt des Staates zu verstehen seien"; diese Erziehungsgewalt äussere sich darin, dass der Staat die Jugend vor Verwahrlosung und unnötigen Ausgaben zu schützen befugt sei [61]. Nach Birchmeier ist allerdings die Berufung auf eine Erziehungsgewalt des Staates fragwürdig, weil diese doch in erster Linie bei den Eltern oder dem Vormund liegt [62].

c) Die bundesrechtliche Regelung des Filmwesens

Bis zum Jahre 1938 sah der Bundesrat von jeder eidgenössischen Gesetzgebung auf dem Gebiete des Filmwesens ab gemäss dem allgemeinen Grundsatz, dass sich der Staat nicht in die Gebiete der Kunst und Kultur einmischen soll [63]. Am Ende der 30iger Jahre versuchten jedoch ausländische Produktionsgesellschaften auf das schweizerische Filmgewerbe Einfluss zu nehmen, so dass der Bundesrat sich gezwungen sah einzugreifen. Neben einer Einfuhrkontingentierung wurde durch BB vom 28.4.1938 die Filmkammer geschaffen, eine Art Expertenkommission, die unter anderem die Frage des Erlasses eines eidgenössischen Filmgesetzes prüfen sollte [64]. Drei Entwürfe, welche vor allem die Bedürfnisfrage regelten, wurden vom Bundesrat zurückgewiesen. Die Auffassung setzte sich durch, dass für eine umfassende Regelung des Filmwesens in gewerblicher und kultureller Hinsicht eine Verfassungsänderung notwendig sei. Art. 23 ter BV, welcher in der Volksabstimmung vom 6. Juli 1958 angenommen wurde, ermächtigte den Bundesrat zur Förderung der einheimischen Filmproduktion und der filmkulturellen Bestrebungen; zudem erhielt er die Befugnis, Filmeinfuhr, Filmverleih sowie Eröffnung und Umwandlung von Filmvorführungsbetrieben zu regeln, wobei er von der Handels- und Gewerbefreiheit abweichen kann, wenn allgemeine kultur- oder staatspolitische Interessen dies rechtfertigen. Im Bundesgesetz über das

---

61) 83 I 112, 51 I 37
62) Birchmeier, a.a.O., S. 28
63) Botschaft des BR zum Entwurf eines Bundesgesetzes über das Filmwesen, BBL 1961 II 1029 ff.
64) Birchmeier, a.a.O., S. 16 ff.
Zu bemerken wäre in diesem Zusammenhang noch, dass die Handels- und Gewerbefreiheit schon vor Erlass eidg. Vorschriften faktisch durch Verbandsabreden stark beschränkt wurde, vgl. dazu von Tscharner, Filmgewerbe und Gewerbefreiheit, S. 51 ff.

Anhang

Es wird darauf verzichtet, einen Ueberblick über den neuesten Stand der kantonalen Regelungen der Filmzensur zu geben, da, wie bereits erwähnt, in den letzten Jahren vielerorts die Zensur aufgehoben oder zumindest eine Aufhebung diskutiert wurde.

Anhand der baselstädtischen Regelung sollen kurz die Erfahrungen mit der Zensur sowie die Gründe, die zu ihrer Aufhebung führten, beleuchtet werden:
Das Gesetz betr. die Filmvorführung vom 16.11.1916 (neue Fassung vom 28.6. 1962) sah in §15 Abs. 3 die obligatorische Voranmeldung aller erstmals im Kanton gezeigten Filme beim Polizeiinspektorat vor, wobei eine Filmkommission zu prüfen hatte, ob einzelne Szenen oder der Gesamtcharakter des Films entsittlichend oder verrohend wirkten. In der Praxis wurde allerdings meist eine freiwillige Vorzensur auf Wunsch der Kinobesitzer durchgeführt, als 2. Instanz war das Verwaltungsgericht eingesetzt.

Von der Gesamtheit der angemeldeten Filme wurden in den letzten Jahren ca. 2% zensuriert. Wie eine Uebersicht über die Titel der von der Filmkommission verbotenen Filme zeigt, handelte es sich dabei (bis auf eine Ausnahme: Lady in a Cage) um Nudistenfilme, welche sicher nicht Anspruch auf künstlerische Gestaltung erhoben haben. Ein Initiativbegehren der Freien Oppositionstellen Basel-Stadt verlangte am 18.7.1968 Aufhebung der Filmzensur. Der Regierungsrat war auch der Meinung, dass der Bereich der sexuellen Sittlichkeit durch das Strafgesetzbuch ausreichend und abschliessend geregelt werde, so dass sich heute eine Filmzensur erübrige; im weiteren schlug er eine Vereinbarung mit den Kinobesitzern zur Durchführung einer freiwilligen Selbstkontrolle vor. Der Grosse Rat stimmte am 11.2.1971 dem Antrag des Regierungsrats zu.

M.E. ist die Auffassung sicher vertretbar, dass heute nicht mehr unsittliche, sondern bloss noch unzüchtige d.h. qualifiziert unsittliche Filme verboten werden sollen. Auf der andern Seite fällt jedoch damit auch jede Einschränkung für verrohende Filme weg, da im Strafgesetzbuch eine entsprechende Bestimmung fehlt.

- vgl. Ueber die baselstädtische Zensur: Ratschlag und Entwurf zu einem Gesetz betr. Vorführung von Filmen, dem Grossen Rat des Kantons Basel-Stadt vorgelegt am 28. Januar 1971.

Filmwesen vom 28.9.1962 wurde die Filmeinfuhr kontingentiert, und die Eröffnung und Umwandlung von Kinobetrieben als bewilligungspflichtig erklärt.

Die einheimische Filmproduktion wird durch namhafte Beiträge gefördert. Alle im Gesetz vorgesehenen Massnahmen haben den Zweck, die Unabhängigkeit des schweizerischen Filmwesens zu bewahren [65]. Mit dem Filmgesetz hat der Bund ein Gebiet der Kunst einer sehr eingehenden Kontrolle unterstellt. Einerseits muss anerkannt werden, dass das schweizerische Filmschaffen, welches zahlenmässig kaum ins Gewicht fällt, grosszügig subventioniert wird, doch darf andererseits nicht übersehen werden, dass durch die Einfuhrbewilligung der Bund praktisch eine Art Zensur an der Grenze ausüben könnte.

d) Das Theaterwesen

Hier soll kurz die Stellung des Theaters, soweit es sich nicht um Privatbetriebe handelt, beleuchtet werden. In den grösseren Städten existieren durch gemeinnützige Gesellschaften geführte Theater, welche in erster Linie durch die Stadtgemeinden finanziert werden, welche auch am Gesellschaftskapital beteiligt sind und zugleich meist Eigentümer der Theatergebäude sind. Das Mitverwaltungsrecht der Gemeinde äussert sich darin, dass diese einen Teil der Vertreter des Verwaltungsausschusses bestellt, welcher alle wichtigen Entschlüsse in Bezug auf die Führung des Theaters, insbesondere die Festsetzung der Preise, die Wahl des künstlerischen Leiters sowie die allgemeine Ueberwachung in künstlerischer, technischer und kaufmännischer Hinsicht trifft [66].

Die sehr weitgehende finanzielle Beteiligung und die personelle Vertretung im Verwaltungsrat könnte die Gemeinde zu einer intensiven Beeinflussung der künstlerischen Seite des Theaters benützen. Nach Erbel ist das Verhältnis zwischen dem Staat als Theaterträger öffentlich-rechtlicher Natur, so dass er dabei unmittelbar an das Grundrecht der Kunstfreiheit gebunden ist. Das Verhältnis zu

---

65) Birchmeier, a.a.O., S. 33 ff.
66) Fueter Willy, Die Berufstheater in der deutschen Schweiz, S. 72 ff. (Es wurden nur die Verhältnisse in der deutschen Schweiz berücksichtigt, doch dürften die Verhältnisse in der übrigen Schweiz ähnlich sein)

den am Theater angestellten Leuten ist hingegen meist privatrechtlicher Natur, da diese in der Regel nicht als Beamte, sondern in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen stehen; sie können sich daher bloss auf die erweiterte Grundrechtswirkung berufen [67].

67) Erbel, a.a.O., S. 188
Für schweiz. Bühnenpersonal siehe GAV zwischen dem Schweiz. Bühnenverband und dem Schweiz. Bühnenkünstlerverband vom 15.7.1946, mit Rev. vom 4.2.1966 und 30.6.1967

§7 KUNSTFREIHEIT UND STRAFRECHT

I. Allgemeines

1. Das Strafrecht als Schranke der Kunstfreiheit

In der Diskussion um die Kunstfreiheit wird immer wieder die Frage aufgeworfen, inwieweit die Kunst überhaupt den einschneidenden Schranken des Strafrechts unterstellt werden kann. Bei der Behandlung der Schranken im allgemeinen wurde festgestellt, dass kein Freiheitsrecht absolut unbeschränkt gelten kann, weil jede Freiheit begriffsnotwendig ihre Schranken findet, wenn sie vitale Interessen der Gemeinschaft verletzt. Die Kunstfreiheit wird indessen immer als eine Art Sonderfall betrachtet, als absoluter Wert, der irgendwie ausserhalb aller Schranken steht.

In Deutschland gilt das Strafrecht für die Kunstfreiheit als Schranke, wenn man Art. 5 Abs. 2 als anwendbar ansieht. Müller sieht allerdings die Kunstfreiheit als vorbehaltlos garantiert an gegenüber dem Strafgesetz; beschränkend könnten bloss die Grundrechte anderer wirken. Falls jedoch die sachlich-normative Geltungskraft des Grundrechts überschritten wird dh. eine Aeusserung nach Form und Inhalt von der künstlerischen Gestaltung isolierbar ist, fällt sie unter die strafrechtlichen Sanktionen [1].

Welche Schranken die deutsche Doktrin auch im einzelnen auf die Kunstfreiheit zur Anwendung bringen will, so herrscht doch unter den Verfassungsrechtlern Einigkeit darüber, dass die Strafgesetze auch den künstlerischen Aeusserungen irgendwie Schranken setzen. Allerdings dürfen nach deutscher Lehre diese Schranken nicht unbesehen auf die Kunstfreiheit (und die andern Grundrechte) übernommen werden, sondern der Richter ist gehalten, dem Verfassungsrecht mittelbar auch im Strafrecht Geltung zu verschaffen [2]. Die Beschränkung der Grundrechte

---

1) Müller Friedrich, Freiheit der Kunst, S. 130 ff.
Als Beispiel für eine isolierbare Aeusserung führt Müller die unvermittelte und unverschlüsselte Namensnennung in Zusammenhang mit ehrverletzenden Aeusserungen in einem literarischen Text an.

2) Maunz, in Festschrift für Apelt, S. 117
Erbel, a.a.O., S. 145

durch das Strafrecht ist keine einseitige, sondern die Grundrechte ihrerseits wirken durch ihren Gehalt einschränkend auf das Strafrecht. Nur durch die Abwägung der beiden in Frage stehenden Werte wird der Richter auch dem Wesen der Freiheitsrechte gerecht.

2. Die verfassungskonforme Auslegung in der Schweiz

In der Schweiz, wo die Grundrechte vorbehaltlos unter dem Vorbehalt der öffentlichen Ordnung stehen, wird das Strafrecht, das zur Ahndung von qualifizierten Verstössen gegen die öffentliche Ordnung dient, auch als selbstverständliche Schranke der Kunstfreiheit betrachtet. In der Doktrin bestehen indessen Ansätze für eine differenziertere Anwendung des Strafrechts auf die Grundrechte. Es ist Imboden, der mit Nachdruck das Prinzip der verfassungskonformen Auslegung aller Gesetze vertreten hat. Die Lehre hat ihren Ursprung in der amerikanischen Verfassungslehre, wo das Prinzip der Auslegung "in harmony with the constitution" eine der Säulen der Verfassungsgerichtsbarkeit darstellt [3]. Verfassungskonform ist eine Auslegung, die eine Norm im Zweifel so auslegt, dass sie mit den Bestimmungen der Verfassung in Einklang steht. Die Interpretation soll nicht bloss auf die Verfassung ausgerichtet sein, weil diese formal oberster Geltungsgrund allen Rechts ist, sondern auch, weil sie Grundwerte verkörpert, die inhaltlich für die gesamte Rechtsordnung massgebend sind.

Zwei verschiedene Gesichtspunkte sind es, die die verfassungskonforme Auslegung rechtfertigen:

- Das Gebot der Rechtssicherheit verlangt, dass ein Gesetz nicht als rechtswidrig durch den Verfassungsrichter aufgehoben wird, wenn durch Auslegung seine Verfassungsmässigkeit hergestellt werden kann.
- Die materielle Höherwertigkeit der Verfassung verlangt, dass jede Rechtsnorm ihren Gehalt aus der Verfassung als oberstem Leitgrundsatz bezieht, ungeachtet dessen, ob dabei die Auslegung die Ungültigkeit einer Norm nach sich zieht oder nicht [4].

---

3) Imboden Max, in Festschrift für Hans Huber, S. 138 ff.
4) Imboden Max, a.a.O., S. 138 ff.

Für die Schweiz, die keine ausgebaute Normenkontrolle gegenüber Bundesgesetzen kennt, ist der zweite Gesichtspunkt entscheidend [5]. Nach BV 113 Abs. 3 sind die Bundesgesetze für den Richter bindend. Das Bundesgericht hat die verfassungskonforme Auslegung nicht aufgenommen, weil es der Ansicht ist, dass BV 113 Abs. 3 sogar eine an der Verfassung orientierte Auslegung ausschliesse [6]. In verschiedenen Urteilen, die meist das Verhältnis der Pressefreiheit zum Strafrecht betrafen, hat es sich geweigert, das Strafgesetz verfassungskonform auszulegen, weil "Inhalt und Umfang der Pressefreiheit durch die jeweilige Bundesgesetzgebung abschliessend bestimmt seien." [7] In 77 IV 99 hat es ausgeführt, dass die Pressefreiheit dem Ehrverletzer keine weitergehenden Rechte verleihe als das Strafrecht. Das Bundesgericht verkennt, dass eine verfassungskonforme Auslegung nicht im Widerspruch steht mit dem Verbot der Normenkontrolle; denn sie ist bloss eine der verschiedenen Methoden der Hermeneutik und bleibt im Rahmen der Norm. Eine verfassungskonforme Auslegung ist beim Strafrecht umso eher geboten, als die staatsrechtliche Beschwerde sich bloss gegen kantonale Akte richtet und den Schutz der Grundrechte im Strafrecht dem Strafrichter überlässt. Das Strafgesetz ist wohl eine notwendige, aber nicht abschliessende Ausführung der Grundrechte. Es nimmt keine abschliessende Interessenabwägung zwischen den Interessen der Verletzten und den geschützten Rechtsgütern vor. Der Wesensgehalt der Grundrechte erschöpft sich nicht im Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Schranken.

Das Strafgesetz kennt keine Bestimmung, die dem Wesen der Kunstfreiheit eine angemessene Berücksichtigung sichert. Bloss eine verfassungskonforme Auslegung kann der Kunstfreiheit im Strafrecht Geltung verschaffen. Dieser sind jedoch Grenzen gesetzt. Je nach dem vorliegenden Tatbestand kann der Richter bei der Auslegung der verschiedenen Tatbestandsmerkmale die Kunstfreiheit miteinbeziehen. Bei der unzüchtigen Veröffentlichung z.B. bestimmt das Gesetz selber den Begriff der Unzucht nicht näher, so dass es dem Richter überlassen bleibt, durch die Konkretisierung des Begriffs den Bedürfnissen der Kunst Rechnung zu tragen. Bei den Ehrverletzungsdelikten ist er durch den Text stärker eingeengt. Hier kann er die künstlerische Aeusserung vielleicht unter die Wahrnehmung berechtigter Interessen subsumieren.

---

5) Imboden Max, a.a.O., S. 138 ff.
6) Imboden Max, a.a.O., S. 138 ff.
7) Imboden Max, a.a.O., S. 138 ff.

Die verfassungskonforme Auslegung bedeutet nicht, dass die Interessen der Kunst in jedem Fall über die strafrechtlich geschützten Rechtsgüter gestellt werden. Die Kunstfreiheit verschafft nicht einen allgemeinen Rechtfertigungsgrund. Es gibt Tatbestände, die auch bei verfassungskonformer Auslegung die Kunstfreiheit zurückdrängen. Als solche mögen etwa die Delikte gegen den Staat oder die körperliche Integrität gelten. Bei andern Tatbeständen hingegen führt die Berücksichtigung der Kunst zu einer Einengung des Straftatbestands. Es gilt nun, bei den einzelnen Tatbeständen, die immer wieder zu Konflikten mit der Kunstfreiheit führen, die beidseitigen Interessen festzustellen und gegeneinander abzuwägen. Dabei ist festzuhalten, dass der Strafrichter sich ganz anderer Weise an die Norm gebunden fühlt als der Verfassungsrichter. Der Strafrichter lässt sich bei der Auslegung nicht in erster Linie von den die Freiheitsrechte erfüllenden Grundwerten leiten [8].

II. Kunst und unzüchtige Veröffentlichungen

1. Allgemeines

Zu allen Zeiten sind Kunstwerke geschaffen worden, die sich mit Problemen aus der geschlechtlichen Sphäre befasst haben und daher mit den Bestimmungen der Strafgesetze über unzüchtige Veröffentlichungen in Konflikt geraten sind.

Werke, die längst zum Bestand der klassischen Literatur gehören, sind noch vor wenigen Jahrzehnten der Zensur zum Opfer gefallen, weil sie die Grenzen des geltenden Anstands und der Sitten überschritten, indem sie Themen an die Oeffentlichkeit brachten, deren Behandlung als verpönt galt. Trotz allen Verboten und Beschränkungen der Verbreitung ist die Literatur auf dem Gebiete des erotischen Realismus immer weiter vorgestossen, ohne dass die Justiz diesem Vorrücken wirksame Schranken entgegensetzen konnte. Es bleibt ihr meist nichts mehr anderes übrig als solche Werke freizugeben; denn jede Beschränkung verhilft dem Werk bloss zu einer unerwünschten Beachtung. Wenn auch heute noch Werke vor den Richter kommen, deren literarischer oder allgemein künstleri-

---

8) Huber Hans, Die Verfassungsbeschwerde, S. 19

scher Wert unbestritten ist, so dehnt sich doch die künstlerische Freiheit immer weiter aus und beseitigt Schritt für Schritt die Schranken, die eine heute vielleicht überlebte Moral für sie aufgestellt hat. Aus heutiger Sicht erscheinen die Prozesse z.B. gegen "Fleurs du Mal" von Baudelaire, "Madame Bovary" von Flaubert als Fehlurteile, die die Entwicklung der Kunst nicht verhindert haben, die indessen das Vertrauen in die Unfehlbarkeit der Strafjustiz erschüttert haben.

Heute scheint das ganze Problem der unzüchtigen Veröffentlichungen ein anderes Schwergewicht zu erhalten. Dass der Kunst ein möglichst weitgehender Schutz zukommen soll, ist unbestritten. Was heute in Frage gestellt wird, ist die Legitimität der Strafbestimmungen gegen die unzüchtigen Veröffentlichungen überhaupt. Neueste Urteile in Deutschland lassen das Verhältnis von Kunst und Unzüchtigkeit beiseite und befassen sich mit der Problematik der Bestimmungen gegen die unzüchtigen Veröffentlichungen überhaupt [9]. Die rasch überhandnehmende Tolerierung hat zu einer solchen Unsicherheit in der Begriffsbestimmung geführt, dass dem Richter oft überhaupt keine objektiven Richtlinien für seine Entscheide zur Verfügung stehen.

2. Die Bestimmungen gegen die unzüchtigen Veröffentlichungen

Die ersten kantonalen Bestimmungen, die zumeist die unzüchtige Handlung und die unzüchtige Veröffentlichung im selben Tatbestand zusammenfassten, erliessen die Kantone Tessin (1816), Luzern (1827), Zürich (1825) [10]. Diese Straftatbestände wurden in ähnlicher Form auch von den späteren kantonalen Kodifikationen übernommen.

Die ungeheure Verbreitung der Pornographie zu Beginn des 20. Jh. liess eine internationale Regelung als wünschbar erscheinen. Ein erstes Uebereinkommen zur Bekämpfung der Verbreitung unzüchtiger Schriften vom 4. Mai 1910 beschränkte sich auf verwaltungsrechtliche Massnahmen, indem jeder Kontrahent

9) NJW 1969, S. 1818 ff.
10) Roth, Strafrechtliche Behandlung der unsittlichen Literatur, S. 7 ff.

verpflichtet wurde, eine Amtsstelle mit der Sammlung von einschlägigem Material zu betrauen [11]. Eine gewisse Verpflichtung zur Annäherung des materiellen Strafrechts brachte erst das internationale Uebereinkommen zur Bekämpfung der Verbreitung sowie des Vertriebs von unzüchtigen Veröffentlichungen vom 12. September 1923 [12]. Bei den Beratungen zeigte sich, dass die Ansichten darüber, inwieweit die unsittliche Literatur verboten werden sollte, weit auseinander gingen. Während eine Gruppe den Tatbestand als Auslieferungsdelikt behandeln wollte, stimmte die Mehrheit darin überein, dass dem Tatbestand der Charakter eines verwerflichen Verbrechens abgehe und daher von einer Auslieferung abzusehen sei. Allgemein bestand der Wunsch, die Strafe bei Verbreitung an die Jugend zu verschärfen [13]. In Ausführung der Konvention erliess die Schweiz das BG betr. die Bestrafung des Frauen- und Kinderhandels sowie der Verbreitung und des Vertriebs unzüchtiger Veröffentlichungen vom 20. September 1925, das mit einer kleinen redaktionellen Aenderung als Art. 204 ins Strafgesetzbuch aufgenommen wurde. Wie der Bundesrat in der Botschaft zum Gesetz ausführte, sollte durch die Beschränkung auf die unzüchtigen Schriften unsittlichen Inhalts eine Beeinträchtigung von Kunst und Wissenschaft vermieden werden: Der Bundesrat vertritt auch hier die Meinung, dass durch das Strafgesetz nicht eine lästige und hochstehende Interessen der Bürger verletzende Bevormundung geschaffen werden [14].

3. Der Begriff des Unzüchtigen

Der Begriff des Unzüchtigen, wie er in den internationalen Konventionen verwendet wird, ist nirgends definiert worden. So bleibt es den einzelnen Ländern überlassen, den Begriff je nach den örtlichen Verhältnissen näher zu bestimmen. Da-

---

11) BS 12, S. 9 ff. (in der Schweiz die Bundesanwaltschaft)
12) BS 12, S. 9 ff.
13) Roth, a.a.O., S. 101
14) Gleiche Ausführungen hatte der Bundesrat schon zum Strafgesetzentwurf 1918 gemacht, BBL 1924, S. 1026 (vgl. BBL IV S. 45, 1918)
Ergänzende Bestimmungen zur Beschränkung anstössiger Schriften finden sich im Zollgesetz vom 1.10.1925, Art. 36 Abs. 4 (BS 6, 465) und in der VVO zum ZG vom 10.7.1926 (BS 6, 514)
Unsittliche Schriften sind sodann gemäss Art. 25 Abs. 1 des Postverkehrsgesetzes vom 2.10.1924 (BS 7, 754) von der Beförderung ausgeschlossen. - Vgl. auch die internat. Regelung im Weltpostvertrag vom 5. Juli 1947 (BBL 1948, S. 922).

bei sollen nur schwerste Verstösse gegen die Sittlichkeit geahndet werden, damit eben nicht andere Interessen, z.B. künstlerische, tangiert werden [15]. Getroffen werden soll in erster Linie der Handel mit Pornographie, der aus reinem Geschäftsinteresse betrieben wird.

Das Bundesgericht geht davon aus, dass das Strafgesetzbuch von einem einheitlichen Begriff des Unzüchtigen ausgeht, obwohl aus der Systematik des STGB hervorgeht, dass der Begriff der Unzüchtigkeit der Differenzierung bedarf je nachdem geschützten Rechtsgut. Bei den Art. 187-97 handelt es sich um Delikte, gegen die geschlechtliche Freiheit d.h. das Opfer ist aus verschiedenen Gründen, z.B. Alter, Schwachsinn, nicht imstande, für sich vollverantwortlich zu handeln. Art. 198-202 gehören eigentlich zu den Vermögensdelikten, so dass der Begriff des Unzüchtigen offensichtlich enger gefasst werden muss. Bei den öffentlichen unzüchtigen Handlungen und den unzüchtigen Veröffentlichungen nach Art. 204 soll die Oeffentlichkeit vor geschlechtlichen Belästigungen geschützt werden. Der Begriff der Unzüchtigkeit ist hier sicher am engsten zu fassen, weil nur Handlungen und Veröffentlichungen mit ausgeprägt unzüchtigem Charakter die Oeffentlichkeit gefährden.

Unzucht ist immer eine Verletzung der geschlechtlichen Zucht [16]; unzüchtig ist demnach, was den Geboten der geschlechtlichen Sittlichkeit widerspricht. Als unzüchtig werden indessen nur krasse Sittlichkeitsverletzungen bezeichnet ... [17] Eine unsittliche Schrift ist nicht notwendigerweise eine unzüchtige Schrift, weil nicht jeder Verstoss gegen die Sittlichkeit sich im geschlechtlichen Bereich abspielen muss. Die ältere Praxis verlangte für die unzüchtige Handlung und Schrift, dass sie sexuell aufreizend wirkten, wobei der Täter mit der entsprechenden Absicht gehandelt haben musste [18].

Die enge Begrenzung des Unzuchtsbegriffs auf Werke, die an die geschlechtliche Lüsternheit des Lesers appellieren, wobei diese Wirkung erst noch im Vorsatz des Täters enthalten sein muss, ist heute aufgegeben worden, weil sie zu Schwierigkeiten in der Beweisführung geführt hat. Nach heutiger Praxis des Bundesgerichts ist unzüchtig im Sinne von Art. 204 was in nicht leicht zu nehmender Wei-

---

15) Stämpfli, Z 39, 1926, S. 202 ff.
16) Ludwig, Zum Begriff der Unzucht, BJM 1960, S. 110
17) Thormann/Overbeck, Komm. zum StGB, Bes. Teil II N 3 zu Art. 204
18) vgl. 53 I 239 ff.

se gegen das Sittlichkeitsgefühl in geschlechtlichen Dingen verstösst, gleichgültig, ob der unzüchtige Gegenstand auf den normal empfindenden Menschen geschlechtlich aufreizend wirkt oder in ihm bloss Abscheu und Widerwillen erregt [19]. Auch die Doktrin nennt die beiden Varianten, die Erregung in geschlechtlicher Hinsicht und die auf andere Weise das Schamgefühl und das Sittlichkeitsgefühl verletzende Darstellung als alternative, nicht kumulative Merkmale des Unzüchtigen [20]. Ob der Täter aus geschlechtlicher Lüsternheit gehandelt hat oder den Willen hatte, dieses Gefühl beim Leser zu erzeugen, spielt keine Rolle. Zum Vorsatz des Täters gehört bloss, dass er den unzüchtigen Charakter der Schrift kennt. Seine Absicht, beim Leser die Geschlechtslust anzuregen, kann nur dann von Bedeutung sein, wenn sich dies im unzüchtigen Gegenstand objektiv manifestiert [21].

4. Die Bedeutung der künstlerischen Vollendung für die Unzüchtigkeit

Bei der Definition der Kunst im Sinne der Kunstfreiheitsgarantie sind wir von einem sog. wertfreien Kunstbegriff ausgegangen, weil wir erkannt haben, dass die Bestimmung der Werthöhe ein subjektives Werturteil ist. Bei der Gegenüberstellung von Kunst und unzüchtigen Veröffentlichungen taucht dieses Problem erneut auf, indem gewisse Autoren Kunstwerke, welche nach ihrer Ansicht von höchster Bedeutung sind, ausserhalb des Strafrechts stellen, weil der künstlerische Wert gleichsam über die geschlechtlichen Gefühle dominiere. Das Werk wird durch den Künstler so "durchgeistigt", und "veredelt", dass es seinen unzüchtigen Charakter verliert. Unter das Strafrecht fallen hingegen die blossen "Werke der Kunst", bei denen von Fall zu Fall entschieden werden muss, ob Form und Inhalt von solcher künstlerischen Intensität sind, dass sie das Werk aus der geschlechtlichen Sphäre herausheben [22]. Eine solche Betrachtungsweise lässt ausser Acht, dass künstlerisch und unsittlich nicht absolute Eigenschaften

---

19) 78 IV 163, 79 IV 126, 83 IV 19
20) Hafter, Schweiz. Strafrecht, Bes. Teil, 1. Hälfte, S. 166
Thormann/Overbeck, a.a.O., Note 3 zu Art. 204
21) 87 IV 74
22) Leiss, NJW 1962, S. 2323 ff.
In ähnlicher Weise führt Hess, a.a.O., S. 19, aus, dass unsittliche Werke immer objektiv wertlos sind.

sind, die sich gegenseitig ausschliessen. Eine Produktion kann sehr wohl im ästhetischen Sinn ein Meisterwerk darstellen und zugleich gegen die Sittenordnung verstossen, weil die beiden Begriffe verschiedenen Bereichen entstammen. Eine Bewertung nach ästhetischen Grundsätzen beinhaltet nicht zugleich eine ethische Bewertung. Es genügt für die Straflosigkeit eines Werkes nicht, dass eine künstlerische Gestaltung nachgewiesen ist; gerade Kunstwerke von höchster Vollendung sind oft zugleich in hohem Masse unzüchtig [23]. Der ethische und der ästhetische Wert eines Werkes müssen vorerst unabhängig voneinander festgestellt werden. Erst danach können die Werte einander gegenübergestellt werden, wobei nicht generell dem einen der Vorzug zu geben ist, sondern eine allseitige Interessenabwägung zu erfolgen hat. Unbestritten ist, dass der Richter bei der Abwägung versucht sein wird, einem klassischen Gemälde grösseres Gewicht zu geben als einer zeitgenössischen Malerei, die ihm als primitiver Ausbruch der Gefühle erscheint und ihn nicht anzusprechen vermag. Künstlerische Gestaltung stellt nicht einen generellen Rechtfertigungsgrund dar, der die Unzüchtigkeit in jedem Fall ausschliesst. Dies bedeutet nicht, dass Kunst in gleicher Weise beschränkt werden soll wie gewöhnliche Pornographie. Dass der Richter bei der Beurteilung doch zu einer Art. Kunstrichter wird, ist nicht zu vermeiden.

Zunächst gilt es für ihn festzustellen, ob das Werk überhaupt eine künstlerische Formung aufweist. Die Fähigkeit, Kunstwerke zu beurteilen, wird nicht ohne weiteres "durch längere richterliche Tätigkeit und die Beschäftigung des gebildeten Menschen mit Fragen der Kunst erworben" [24]. Daher ist der Richter in hohem Masse auf das Urteil von Kunstsachverständigen angewiesen. Ihre Analyse wird ihm allerdings keine objektiven Befunde geben können wie z.B. das Gutachten eines Mediziners, weil im Bereich der Aesthetik objektive Massstäbe fehlen, wie schon bei der Kunstdefinition festgestellt wurde. Ein Gutachten kann dem Richter nicht eindeutige Richtlinien für die Entscheidung geben, doch kann es ihm die verschiedenen Möglichkeiten der Kunst näher bringen. Jedes Urteil über die künstlerische Formung bietet bloss eine individuelle Ansicht, nie eine allgemein gültige Wertung. Bei Werken, die in der Vergangenheit entstanden

---

23) Erbel, a.a.O., S. 154, Schwander, Schweiz. Strafgesetzbuch, Nr. 653, Müller H.-P., Die strafrechtliche Beurteilung unz. Veröffentlichungen, S. 166 Anders Thormann/Overbeck, Note 3 zu Art. 204 (a.a.O.): Wahrhaft künstlerische Behandlung kann Unzüchtigkeit ausschliessen.

24) Buchholz, Kunst, Recht und Freiheit, S. 71

sind und heute schon als klassisch gelten, wird meist die Tatsache, dass sie ihre Epoche überdauert haben, als Zeichen ihrer künstlerischen Qualität angesehen. Zeitgenössische Werke finden nur selten Anerkennung; das Publikum sowie massgebende Kreise der Kunstwelt sehen in ihnen bloss eine Verherrlichung des Unästhetischen und des Hässlichen und bringen solche Werke überhaupt nicht mit dem Begriff Kunst in Verbindung, obwohl die Kunstfreiheit gerade auch den Schutz neuer ungewohnter Kunstformen umfassen müsste [25].

Den Gedanken von der Mehrwertigkeit eines Kunstwerks hat auch die bundesgerichtliche Praxis mehr oder weniger deutlich herausgearbeitet. In 86 IV 19 ff. stellte das Bundesgericht eingehend fest, dass auch die Kunst unter die Bestimmung des Art. 204 StGB falle. Es führte dann weiter aus, dass bei der Kunst indessen die "besonderen Umstände" berücksichtigt werden müssten, so spiele vor allem der "Grad der künstlerischen Vollendung" eine Rolle. Dieser könne hoch sein, so dass das Werk seinen unzüchtigen Charakter verliere. Mit dieser Formulierung anerkennt das Bundesgericht wohl die Mehrwertigkeit eines Kunstwerks; der Schlussfolgerung, dass ein künstlerisch hochstehendes Werk seinen unzüchtigen Charakter verliere, kann indessen nicht zugestimmt werden; denn dadurch werden die beiden Wertbereiche der Ethik und Aesthetik miteinander vermengt. Auch ein künstlerisch vollendetes Werk behält seinen unzüchtigen Charakter, doch kann bei einer verfassungskonformen Auslegung von Art. 204 StGB die strafrechtliche Sanktion wegen des hohen kulturellen Wertes des betreffenden Werkes gemildert oder fallengelassen werden.

In 87 IV 73 ff prüfte das Bundesgericht zunächst das vorliegende Werk auf seine Unzüchtigkeit. Es kam zum Schluss, dass der chinesische Roman nach seinem Gesamteindruck unzüchtigen Charakter habe, auch wenn der künstlerische und wissenschaftliche Wert mitberücksichtigt werde; denn dieser sei für den Durchschnittleser nicht erkennbar und könne daher auch nicht das kulturelle Leben der Allgemeinheit bereichern. Das Bundesgericht anerkannte hier wohl die beiden Wertbereiche der Ethik und der Aesthetik, scheint die Begriffe in seinen weiteren Ausführungen eher wieder zu vermischen, indem es feststellte, dass Werke, die unzüchtig sind, keine geistigen Werte vermitteln können.

---

25) Leiss Ludwig, Kunst im Konflikt, S. 494 ff. In dem Widerstreit zwischen klass. und antiklass. Kunstauffassung sieht Leiss die Ursache für die Konfliktsituation der Kunst überhaupt.

In 89 IV 132 hatte das Bundesgericht zu entscheiden, welche Massnahmen gegen künstlerisch hochstehende, jedoch zugleich unzüchtige Werke zu treffen sind. Art. 204 Abs. 3 StGB enthält im Gegensatz zum allgemeinen Tatbestand der Einziehung gefährlicher Gegenstände gemäss Art. 58 StGB die imperative Weisung an den Richter, die unzüchtigen Gegenstände zu vernichten. Das Gericht führte aus, dass der Gesetzgeber beim Erlass dieser Bestimmung nur an den häufigsten Fall, nämlich dass es sich beim unzüchtigen Werk um reine Pornographie handle, gedacht habe. Dieselbe Sanktion könne nicht auf Kunstwerke angewendet werden, weil hier unersetzliche kulturelle Werte im Spiele ständen. So gut wie der Richter den Erfordernissen der Kunst schon bei der Definition Rechnung trage, so müsse er auch bei Art. 204 Abs. 3 eine Ausnahme für die Kunst machen, weil der Schutz der öffentlichen Moral, der durch diesen Artikel angestrebt werde, auch durch weniger einschneidende Massnahmen gewährleistet werden. Danach enthält Art. 204 Abs. 3 eine unechte Lücke, weil das Gesetz die Vernichtung in einer Weise geregelt hat, die den besonderen Bedürfnissen der Kunst nicht Rechnung trägt. Damit hat sich das Bundesgericht, ohne dies indessen selbst auszusprechen, die verfassungskonforme Auslegung zu eigen gemacht.

Zu bedenken wäre allerdings, ob mit der dargelegten Betrachtungsweise nicht das von Knies proklamierte Definitions- und Differenzierungsverbot, welches die Kunstfreiheit beinhalte, verletzt wird. Wie bereits bei der Kunstdefinition ausgeführt wurde, will Knies bloss bei Massnahmen, welche der Förderung der Kunst dienen und damit nichts über die engere oder weitere Freiheit aussagen, eine Art staatliches Kunstrichtertum anerkennen. Aus unseren Ausführungen geht hervor, dass bei einem Kunstwerk die ethische und ästhetische Komponente gesondert betrachtet werden müssen. Dabei kann meines Erachtens auf eine gewisse Differenzierung nicht verzichtet werden. Die Gesamtwirkung wird eben für den Menschen eine andere sein, wenn das Werk einen hohen Künstlerwert verzeichnet oder wenn es bloss einen wilden Ausdruck von Gefühlen darstellt. Dies anerkennt wohl auch Knies, wenn er z.B. ausführt, dass bei einem ehrverletzenden Schlüsselroman die "künstlerische Sublimierung" soweit gehen könne, dass der ehrverletzende Charakter im sozialen Bewusstsein zurücktrete [26].

---

26) Knies, Schranken der Kunstfreiheit, S. 276

5. Das Sittlichkeitsgefühl des Normalmenschen

a) Allgemeines

Nach feststehender Praxis des Bundesgerichts ist unzüchtig, was in nicht leicht zu nehmender Weise gegen das Scham- und Sittlichkeitsgefühl verstösst [27]. Als geschütztes Rechtsgut bezeichnet es die "morale publique", welche repräsentiert wird durch "la morale sexuelle non n'un individu déterminé, mais bien de l'observateur moyen dans un milieu de civilisation donnée" [28].

Das Bundesgericht stellt also bei der Beurteilung der Unzüchtigkeit auf den Menschen mit durchschnittlichem Empfinden, auf den Normalmenschen - eine "Schöpfung des deutschen Polizeirechts" - ab. Auf einen hypothetischen Durchschnittsmenschen abstellen heisst allerdings, den besonderen Bedürfnissen der Kunst bei der Bestimmung des Begriffs der Unzüchtigkeit keine Rechnung zu tragen [29]. Freilich ist die Kunstfreiheit nicht ein Berufsprivileg des Künstlers in dem Sinn, dass auf diesem Gebiet bloss der Künstler selbst oder ein Experte massgebend sein soll; denn sobald der Künstler selbst mit seinem Werk an die Oeffentlichkeit tritt, muss er auch in Kauf nehmen, dass sein Werk nach den herrschenden sittlichen Normen beurteilt wird [30]. Wie soll jedoch der Richter feststellen, was der Normalmensch noch als tolerierbar ansieht [31]. Die deutsche Doktrin setzt sich dafür ein, dass zumindest auf das Gefühl des für Kunst empfänglichen Laien, des künstlerisch aufgeschlossenen Menschen abgestellt wird [32]. Damit wird wohl zum Ausdruck gebracht, dass bei der Beurteilung von Kunstwerken nicht auf das Durchschnittsempfinden abgestellt werden sollte, doch

---

27) vgl. z.B. 95 IV 69

28) 98 IV 132 ff

29) Zu unterscheiden ist die Zuhilfenahme des Durchschnittsmenschen bei Bestimmung der Unzüchtigkeit einerseits und des künstlerischen Wertes andererseits. Im bereits zitierten Entscheid 87 IV 73 ff. hatte das BG sogar darauf abgestellt, ob der Durchschnittsleser den künstlerischen Wert erkennen könne; falls dies nicht der Fall sei, könne er auch für das Gericht nicht massgebend sein.

30)

31) 87 IV 84

32) Buchholz, a.a.O., S. 34: Im berühmten Prozess gegen den Reigen von Arthur Schnitzler führte das Gericht eine Befragung von einer Reihe von Personen aller Altersstufen durch, um festzustellen, was der "Normalmensch" als innerhalb der Grenzen des Anstands liegend ansieht. Die Befragung führte, wie zum voraus zu erwarten war, zu keinem brauchbaren Resultat.

wird die Aufgabe dadurch für den Richter nicht leichter; denn noch immer soll er sein Urteil nach einem bestimmten Gefühl richten. Im Bemühen, den Begriff der Unzüchtigkeit möglichst objektiv zu fassen, hat das Bundesgericht in einem neuen Entscheid festgestellt [33], dass bei Werken der Kunst neben dem Schamgefühl des Durchschnittsbürgers auch die Begleitumstände, namentlich der Ort und die Art der Veröffentlichung sowie der Personenkreis, für welchen das Werk bestimmt sei, zu berücksichtigen seien [34].

In Ausführung dieses Gedankens stellte das Bundesgericht wiederholt fest, dass es nicht darauf ankomme, was in den einzelnen Szenen dargestellt werde, sondern welche Wirkung diese Szenen in ihrer Gesamtheit hätten [35].

b) Problem des Begriffs der Unzüchtigkeit

In neuester Zeit ist es nicht das Verhältnis von Kunst und unzüchtigen Veröffentlichungen, sondern das Problem, ob der Begriff der Unzüchtigkeit "nicht bereits die Grenze rechtsstaatlich tolerierbarer Begriffsschärfe überschritten hat", welches, vor allem in Deutschland, zur Diskussion gestellt wird [36]. Es wird darauf hingewiesen, dass sich in letzter Zeit die Ansichten der Allgemeinheit über Moral und Sitte geändert hätten; daraus wird oft der Schluss gezogen, dass heute kein allgemeiner sittlicher Standard in der Bevölkerung bestehe [37], so dass es schlechthin unmöglich sei, zu bestimmen, wo die Toleranzgrenze zu ziehen sei. Dazu sei

---

33) 96 IV 69

34) Damit wird nicht etwa der Begriff der "relativen Unzüchtigkeit, der von Binding (Binding Karl, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, bes. Teil, 2. Auflage, Leipzig, 1902) eingeführt wurde, aufgenommen. Die Umstände der Verbreitung sind nicht Merkmale, welche die Unzüchtigkeit eines Werkes begründen, doch können sie entscheidend sein für die Massnahmen, welche der Richter zu treffen hat.

35) z.B. 96 IV 69. Es wird besusst darauf verzichtet, im einzelnen darzulegen, welche Darstellungen das Bundesgericht als unzüchtig ansieht.

36) Knies Wolfgang, Verfassungsrechtl. Probleme des §184 Abs. 1 Nr. 1 StGB, NJW 1970, S. 15 ff.

37) Alternativ-Entwurf zum deutschen Strafgesetzbuch, Bes. Teil, Tübingen, 1968, S. 41 ff.

auch nicht bewiesen, dass unzüchtige Werke wirklich eine Gefahr für die soziale Ordnung darstellten [38].

6. Schlussbetrachtungen

Wir haben festgestellt, dass die verfassungskonforme Auslegung von Art. 204 StGB auf verschiedene Weise den Bedürfnissen der Kunstfreiheit Rechnung tragen kann.

Einmal ist der Begriff der Unzüchtigkeit durch das Gesetz nicht näher bestimmt, so dass durch eine enge Auslegung der Richter den Anwendungsbereich von Art. 204 einschränken und damit auch die schwierige Abgrenzung zwischen Kunst und unzüchtigen Veröffentlichungen vermindern kann.

Dazu verlangt eine verfassungskonforme Auslegung, dass neben dem ethischen auch der ästhetische Wert in Betracht gezogen wird. Wenn auch durch eine hohe künstlerische Leistung die Unzüchtigkeit nicht beseitigt wird, so garantiert eine ganzheitliche Beurteilung doch, dass die Kunst angemessen berücksichtigt und u.U. von einschneidenden Sanktionen abgesehen wird.

Für die Zukunft ist mit einer zunehmenden Tolerierung von Werken, die geschlechtliche Vorgänge darstellen, zu rechnen. Oft wird die erweiterte Freiheit im Namen der Kunst gefordert, wiewohl meist die merkantilen Interessen überwiegen!

---

38) Alternativ-Entwurf, S. 41 ff.
vgl. zum Problemkreis auch: Zur Revision des Sexualstrafrechts in der Bundesrepublik, Rechtsgutachten von Prof. Hanack, Rowohlt-Taschenbuch, 1969

III. Der jugendrechtliche Schutz durch das Strafrecht

Art. 204 Ziff. 2 StGB stellt zusätzlich unter Strafe, wenn unzüchtige Gegenstände an Jugendliche unter 18 Jahren abgegeben oder vorgezeigt werden. In Art. 212 StGB wird bestraft, "wer Schriften oder Bilder, die geeignet sind, die sittliche oder gesundheitliche Entwicklung von Kindern und Jugendlichen zu gefährden ... ausstellt etc. Die letztgenannte Bestimmung, welche zu schwierigen Problemen der Abgrenzung von Kunst und Jugendschutz führen könnte, ist meines Wissens praktisch so selten zur Anwendung gekommen, dass dieses Problem nie akut geworden ist.

Der heranwachsende Mensch ist in seiner Charakterentwicklung noch ungefestigt; seine Gefühlswelt soll daher soweit als möglich vor aufdringlichen Darstellungen geschlechtsbezogener und gewalttätiger Themen geschützt werden [39]. Schon aus dem Recht auf freie Entwicklung der Persönlichkeit kann ein spezieller Schutz der Jugend abgeleitet werden.

Gemäss Art. 335 Ziff. 1 Abs. 1 StGB sind die Kantone befugt, Uebertretungen unter Strafe zu stellen. Ob sie dazu im Einzelfall kompetent sind, hängt davon ab, ob der Bund auf diesem Gebiet den Kantonen die Bestrafung überlassen wollte und deshalb den Tatbestand nicht vollständig regelte oder ob er eine weitergehende Strafbarkeit ausschliessen wollte. In der Doktrin wird den Kantonen das Recht zugestanden, im weiten Sinn sittenwidrige, d.h. auch verrohende, zu Verbrechen aufreizende Darstellungen zu verbieten [40]. Es ist indessen ken Fall bekannt, in dem die oft weitgehenden Bestimmungen einzelner Kantone gegen die Schund- und Schmutzliteratur herbeigezogen wurden, um gegen Kunstwerke vorzugehen. Zumeist sind es ausländische Abenteuer- und Romanheftchen, auf welche diese Bestimmungen angewendet werden. Eine 1948 unter den Kantonen und andern massgebenden Stellen durchgeführte Umfrage über die Wünschbarkeit des Erlasses eines eidgenössischen Schund- und Schmutzgesetzes zeigte, dass darin nicht eine wirksame Schranke gegen die Ueberflutung der Jugend mit derartigen Schriften gesehen wurde. Bedenken wurden auch hinsichtlich der Begriffe "Schund"

---

39) Wobei bis heute noch nicht abgeklärt ist, inwieweit solche Darstellungen der kindlichen Psyche Schaden zufügen können. Vgl. dazu Knies, a.a.O., S. 281 sowie dort angeführte Zitate

40) Stämpfli, Z 39, 1926, S. 201. Vgl. auch Hans-Peter Müller, a.a.O., S. 25, der die kantonale Kompetenz zum Erlass solcher Normen anzweifelt.

und "Schmutz" geäussert, weil sich diese einer allgemein gültigen Definition entziehen und je nach ihrer Auslegung auch Kunstwerke empfindlich treffen können [41].

IV. Kunstfreiheit und Störung der Glaubens- und Gewissensfreiheit

Art. 261 StGB schützt die in Art. 54 BV verankerte Glaubens- und Gewissensfreiheit vor gewissen Angriffen der Mitmenschen. Strafbar macht sich, wer öffentlich und in gemeiner Weise die Ueberzeugung und Ansichten anderer in religiösen Belangen missachtet. Gemäss der Praxis ist "in gemeiner Weise" als objektives Merkmal zu verstehen d.h. die Handlung muss nicht einer verwerflichen Gesinnung entsprungen sein, sondern der Täter muss sich bloss des gemeinen Charakters seiner Aeusserung bewusst sein [42]. Da die künstlerische Darstellung religiöser Themen eine häufige Ausdrucksform ist, sind Konflikte zwischen Kunstfreiheit einerseits und Glaubens- und Gewissensfreiheit andererseits nicht zu vermeiden. Die Praxis der Gerichte dazu ist allerdings so spärlich, dass sich daraus kaum gefestigte Tendenzen ableiten lassen.

Das Bundesgericht hatte zu beurteilen, ob die Darstellung einer nackten, an ein Christuskreuz gebundenen Frau als unzüchtig und zugleich gotteslästerlich zu qualifizieren sei [43]. Es sprach den Künstler von der Anklage der unzüchtigen Veröffentlichung frei, verurteilte ihn indessen wegen Verletzung von Art. 261 StGB. Seinen Entscheid begründete es damit, dass die Interessen der Glaubens-

---

41) Kolb Kurt, Die negativen und positiven Massnahmen zur Bekämpfung der Schund- und Schmutzliteratur, Thun, 1957, S. 9
Auch einem Postulat von Nat.rat Frei, vom 28.9.55 für ein eidg. nicht-erotisches Schundgesetz wurde nicht stattgegeben. In Deutschland, wo heute das Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften vom 29.4.1961 in Kraft ist, nach welchem eine Schrift von der Indizierung ausgeschlossen ist, wenn sie der Kunst dient, kommt es oft zu heiklen Abgrenzungsproblemen.

42) Schwander, a.a.O., N 714 a

43) 86 IV 19 ff. Die erste Instanz, das Basler Strafgericht, sprach den Künstler sowie einen Musikstudenten, welche zusammen in einer Art "happening" auf dem Barfüsserplatz das Bild aufgestellt hatten, wegen Verletzung von Art. 204 und 261 StGB schuldig. Das App.ger. sprach sie in beiden Punkten frei, verurteilte sie jedoch wegen Unfugs, vgl. BJM 1960, S. 85 ff.

und Gewissensfreiheit in jedem Fall über diejenigen der Kunstfreiheit gestellt werden müssten. Auch eine noch so hochstehende künstlerische Darstellung rechtfertige nicht einen Angriff auf die religiöse Ueberzeugung des Mitmenschen.

Das Bundesgericht nimmt also bei einer Kollision von Kunstfreiheit und Glaubensfreiheit im Einzelfall keine Güterabwägung vor, sondern schätzt die Freiheit, in religiösen Belangen seine Meinung auszudrücken allgemein höher als die Kunstfreiheit.

Eine gewisse Interessenabwägung nahm hingegen das Zürcher Obergericht vor, welches zu entscheiden hatte, ob die Veröffentlichung eines Bildes, auf welchem der gekreuzigte Jesus durch ein Schwein ersetzt worden war, gegen Art. 261 StGB verstosse [44]. Nach der Auseinandersetzung mit der künstlerischen Gestaltung kam es zum Schluss, dass die Darstellung der "künstlerischen Durchdringung ermangle und daher die glaubensverletzende Wirkung nicht zu mildern vermöge". Massgebend war dabei die Ansicht des (hypothetischen) religiös gesinnten und um Kunstverständnis bemühten Menschen. Entscheidend war zudem, dass es dem Künstler nach Ansicht des Gerichts nicht in erster Linie um eine künstlerische Darstellung, sondern um die Erzielung einer Schockwirkung gegangen war.

V. Die Kunstfreiheit und der strafrechtliche Schutz der Ehre

Die Ehrverletzungsdelikte des Strafgesetzbuches dienen dem Schutz der äussern Ehre. Darunter versteht das Bundesgericht "der Ruf und das Gefühl des Betroffenen, ein ehrbarer Mensch zu sein" [45]. Die Einengung des Ehrbegriffs auf die sittliche Bewertung schliesst den Angriff auf die Berufsehre, auf den Geisteszustand sowie die Verunglimpfung körperlicher Gebrechen vom strafrechtlichen Schutz aus. Für die künstlerische Satire bedeutet dies, dass sie keine Sanktionen

44) SJZ 1971, S. 85 ff.
45) Schwander, a.a.O., Nr. 600; u.a. 72 IV 72, 76 IV 29

zu fürchten braucht, solange sie den ehrbaren Charakter der dargestellten Person nicht in Frage stellt [46].

Bei dieser engen Auslegung des Ehrbegriffs wird übersehen, dass das Strafgesetz selbst in Art. 173 und 174 neben dem unehrenhaften Verhalten noch andere Tatsachen aufführt, die geeignet sind, den Ruf zu schädigen [47]. Bei der Formaliniurie im Sinne von Art. 177 StGB lässt sich überdies meist nicht feststellen, welchem Wertbereich des Ehrbegriffs die Beschimpfung zugeordnet werden soll.

Noll befasst sich ganz allgemein mit der Frage, wie der künstlerischen Satire die ihr unbestrittenerweise zukommende Freiheit begründet werden kann [48].

Die Annahme einer gewohnheitsrechtlichen Straffreiheit lehnt Noll mit der einleuchtenden Begründung ab, dass dadurch die Grenzen zwischen Erlaubtem und Strafwürdigem nicht scharf gezogen werden könnten.

Besser begründen lässt sich nach Noll die Straflosigkeit der künstlerischen Satire, wenn man einen übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund annimmt. Nun ist indessen seit der Revision des Strafgesetzbuches von 1950 die Wahrnehmung berechtigter Interessen, welche vorher als übergesetzlicher Rechtfertigungsgrund anerkannt war, bloss noch Voraussetzung des Entlastungsbeweises gemäss Art. 173 Ziff. 2 StGB, d.h. wenn der Täter nicht den Wahrheitsbeweis oder den Beweis dafür, dass er seine Aeusserung in guten Treuen für wahr halten konnte, erbringen kann, bleibt er strafbar. Dieser Entlastungsbeweis ist allerdings in keiner Weise auf die Eigenart der künstlerischen Satire zugeschnitten; Noll tritt daher dafür ein, dass (wenigstens in bestimmten Fällen) noch immer die Wahr-

---

46) vgl. 26 I 294: "nicht unter Art. 177 fallen Karikaturen und Lächerlichmachung durch Spott, soweit dieser nicht eine Herabwürdigung des sittlichen Werts der Persönlichkeit in sich schliesst."

47) Germann, Verbrechen, S. 383, Noll, Satirische Ehrverletzungen, BJM 1959, S. 6

48) Noll, a.a.O., S. 3 ff.
Noll geht es dabei vor allem um das Problem der "Narrenfreiheit" für satirische Ehrverletzungen während der Fasnacht. Die Basler Praxis zu solchen Fällen ist nicht ergiebig, da Ehrverletzungsklagen vom Einzelrichter in Strafsachen (ohne schriftliche Begründung) behandelt werden: § 31 des Gerichtsorganisationsgesetzes.

nehmung berechtigter Interessen allgemein als Rechtfertigungsgrund angerufen werden kann [49].

Noll geht es offensichtlich nicht in erster Linie darum, die Straflosigkeit der Satire von der künstlerischen Gestaltung her zu begründen, sondern von der Tatsache her, dass es sich nicht um ernstgemeinte Aeusserungen handelt. M.E. muss ganz allgemein die künstlerische Gestaltung als Ausgleichswert bei Ehrverletzungen gelten; dies bedeutet indessen nicht, dass sie generell als Rechtfertigungsgrund angerufen werden kann, doch ist sie eben sicher anders zu bewerten als eine "gewöhnliche" Ehrverletzung.

49) Noll, a.a.O., S. 11

§8 DIE SUBJEKTE DER KUNSTFREIHEITSGARANTIE

Von der Schöpfung bis zur Veröffentlichung, Verbreitung und Aufnahme durch das Publikum kann das Kunstwerk verschiedene Stufen durchlaufen. Der Künstler selbst ist oft kaum mehr an der weiteren Verbreitung seines Werkes beteiligt. Neben dem Schöpfer müssen indessen auch alle Personen, welche in irgendeiner Weise an Inhalt und Form des Kunstwerks mitwirken, als Subjekte betrachtet werden; massgebend müsste dabei m.E. sein, ob diese Personen ihrerseits eine Art künstlerischer Leistung vollbringen. So wird man den Regisseur eines Theaterstücks ebenso wie den Interpreten eines Musikstückes als Subjekte der Kunstfreiheitsgarantie bezeichnen können. Darüber hinaus muss jedoch auch jedermann, der an der Verbreitung eines Kunstwerks in irgendeiner Weise beteiligt ist, wenn dies auch vorwiegend aus finanziellen Gründen geschieht, als Subjekt gelten. Die gleichen Grundsätze werden ja auch für die Pressefreiheit angewendet, wo neben dem Herausgeber und Redakteur auch die Drucker, Setzer und sogar Verkäufer von Presseprodukten als Subjekte gelten [1].

In einem unveröffentlichten Entscheid des Bundesgerichts stellte dieses fest, dass sich bei einem Kinobetrieb die Eigentümerin, eine Aktiengesellschaft und der Direktor sicher nicht die Verbreitung von Ideen zum Ziele gesetzt hätten, so dass es zweifelhaft sei, ob die beiden wegen Verletzung der Meinungsfreiheit zur staatsrechtlichen Beschwerde legitimiert seien [2]. Die Frage musste allerdings nicht entschieden werden, weil sich sowohl die AG wie der Direktor auf die Handels- und Gewerbefreiheit berufen konnten, wodurch eine Berufung auf die Meinungsfreiheit nach Ansicht des Bundesgerichts gegenstandslos wurde.

In einem neueren Entscheid hat das Bundesgericht auch den Film einer weitgefassten Meinungsfreiheit, worin es auch die Kunstfreiheit einbezieht, unterstellt; [3] es wurde indessen bis heute noch nie entschieden, ob nicht auch der Kinobesitzer sich sowohl auf die Meinungs- wie auf die Kunstfreiheit berufen kann, auch wenn es ihm nicht in erster Linie um die Verbreitung einer Meinung oder die Förderung der Kunst geht. Ihn nicht als Subjekt der hier in Frage stehenden Kunstfreiheit zu betrachten, würde bedeuten, dass die Verbreitung der

---

1) Lang, Pressefreiheit und Handels- und Gewerbefreiheit, S. 40
2) Zit. bei Aeppli, Filmzensur, S. 77
3) Zbl 1963, 64. Jg., S. 363 ff.

Kunst in weiten Kreisen ungehindert unterbunden werden könnte. Dank der institutionellen Elemente der Kunstfreiheit müssen aber auch Theater- und Kinowie auch Galeriebesitzer d.h. jedermann, der in irgendeiner Weise an der Veröffentlichung und Weiterverbreitung der Kunst mitwirkt, als Subjekte der Kunstfreiheit betrachtet werden. Nicht allein der Schöpfer ist Subjekt der Kunstfreiheit; sonst könnte ja die Verbreitung oder Veröffentlichung seines Werkes nach seinem Tode beliebig beschränkt werden. Soll auch der Empfänger einer künstlerischen Aeusserung als Subjekt der Kunstfreiheit geschützt werden? Das Bundesgericht hatte zu entscheiden, ob der Ausschluss eines Kritikers durch den Kinobesitzer zulässig sei; es führte aus, dass die Zulassung in das Belieben des Kinobesitzers gestellt sei und dass auch die Annahme einer privatrechtlichen Pressefreiheit zu keinem andern Ergebnis führen könne [4]. Hier handelte es sich also um die Beschränkung der Informationsfreiheit durch einen Privaten. Allgemein wird indessen auch die künstlerische Informationsfreiheit von der Kunstfreiheit mitumfasst. Erfolgt ihre Beschränkung durch eine staatliche Stelle, so ist der Betroffene grundsätzlich als Subjekt anzusehen; wird jemand durch einen Privaten am Empfang gehindert, so wird man den Fall im Sinne der erweiterten Grundrechtswirkung prüfen müssen [5]. Nach Praxis des Bundesgerichts stehen die Grundrechte, sofern es sich nicht um Rechte staatsbürgerlichen Charakters handelt, auch den Ausländern zu [6]. In diesem Sinn kann sich auch der Ausländer in der Schweiz auf die Kunstfreiheit berufen; zweifelhaft ist indessen, ob er dies auch tun kann, wenn er sich im Ausland befindet [7].

---

4) 80 II 26 ff.

5) Für den Einbezug der Informationsfreiheit z.B. Saladin, Grundrechte im Wandel, S. 84

6) 39 I 22

7) Bejahend für die Pressefreiheit: Birchmeier Wilhelm, Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dez. 1943, Zürich, 1950
Es wurde in diesem Abschnitt vor allem die Legitimation im weitern Sinn d.h. die Parteifähigkeit behandelt. Die Abgrenzung der Parteifähigkeit von der Legitimation im engern Sinn d.h. der Betroffenheit in der Interessenlage wurde nicht scharf durchgeführt.

SCHLUSSBEMERKUNGEN

In den vorhergehenden Kapiteln wurde versucht aufzuzeigen, dass der Kunstfreiheit ein eigenständiger Schutzbereich zukommt, der es rechtfertigt, sie als selbständiges Grundrecht zu anerkennen. Diese Ueberlegungen sollen hier noch einmal kurz zusammengefasst werden.

Die Kunstfreiheitsgarantie weist sowohl individuelle wie institutionelle Elemente auf. Die individuellen Elemente der Kunst- und der Meinungsäusserungsfreiheit decken sich nicht; sie verhalten sich zueinander wie zwei sich schneidende Kreise [1]. Die institutionelle Komponente der Kunstfreiheit führt zu einer wesentlichen Verstärkung der Grundrechtswirkung; die Einbeziehung der Kunst als Sachgebiet erlaubt es, auch Bereiche zu erfassen, hinter denen keine individuelle Berechtigung steht.

Bei der Anerkennung von ungeschriebenen Grundrechten hat das Bundesgericht in jüngster Zeit die persönliche Freiheit, welche es früher bloss als Garantie der körperlichen Unversehrtheit und Bewegungsfreiheit ansah, zu einem Hauptgrundrecht ausgestaltet. Eine Einbeziehung der Kunstfreiheit in dieses "Auffanggrundrecht" ist jedoch abzulehnen, weil die Konstruktion eines Hauptgrundrechts an sich fragwürdig ist; denn dadurch verliert das Grundrecht eine genügend bestimmbare Normstruktur [2]. Einzig die Aufnahme der Kunstfreiheit bei einer Totalrevision in die Verfassung als selbständiges Grundrecht wird dem Wesen dieses Grundrechts gerecht.

---

1) Knies, Schranken der Kunstfreiheit, S. 254, sieht allerdings die individuellen Elemente der Kunstfreiheit bereits durch die Meinungsäusserungsfreiheit umfasst. D er institutionellen Elemente wegen tritt er allerdings auch für eine selbständige Garantie der Kunstfreiheit ein.

2) Huber Hans, ZBJV 1973, S. 17
Saladin, Grundrechte im Wandel, S. 98